ZUR LEHRE VOM VERSUCHTEN UND UNVOLLENDETEN VERBRECHEN

Ludwig Cohn







Poland
582

ZUR LEHRE

VOM

VERSUCHTEN UND UNVOLLENDETEN

VERBRECHEN.

ZUR LEHRE

VOM

VERSUCHTEN UND UNVOLLENDETEN

VERBRECHEN

VON

DR. LUDWIG COHN

ZU HALLE A. S.

ERSTER BAND:

BEGRIFF UND UMFANG.

BRESLAU.

VERLAG VON WILHELM KOEBNER.

1880.

Rec. Oct. 8, 1903.

DEM ANDENKEN

SEINES UNVERGESSLICHEN VATERS

DES AM 11. JULI 1877 VERSTORBENEN

RECTOR M. COHN ZU RAWITSCH

IN

KINDLICHER LIEBE UND VEREHRUNG

VOM

VERFASSER.

Inhaltsverzeichniss.

Erstes Capitel

Der Versuch kein Anfang der Ausführung.

---

§ 1.

Einleitung.

Unter strafrechtlichem Versuch verstehen wir im Allgemeinen den Anfang der Ausführung eines Verbrechens im weiteren Sinne. Es ist bekannt, dass diese Ausdrucksweise dem französischen Recht entlehnt und von da aus fast in alle Gesetzbücher der Culturstaaten übergegangen ist.[1]

In Deutschland jedoch ist ihre Reception nicht ohne Widerspruch erfolgt. Die Einen sahen nämlich darin die Aufstellung eines neuen, von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes abweichenden Begriffs,[2] während die Anderen umgekehrt die volle Uebereinstimmung mit ihnen constatiren zu können glaubten.[3]

---

[1] Mittermaier im Gerichtssaal pro 1859 S. 204. 205. 197.

[2] Köstlin: System S. 232. 236. Hepp: Versuche S. 361—363. Derselbe im N. Archiv des Crim. R. pro 1836 § 8 S. 239—241. 245 u. A. m. (cf. § 117 S. 222 in Zachariae: Lehre vom Versuche Bd. I).

[3] Zachariae: Lehre vom Versuche Bd. I § 118. 119 S. 223—227. — Mittermaier a. a. O. S. 198—207. Derselbe im neuen Archiv des Crim. R. pro 1816 Bd. I S. 168 und Bd. II pro 1818 S. 602. Luden: Abhandlungen Bd. I S. 459 fg. Seeger: die Ausbildung der Lehre vom Versuch S. 44 u. A. m.

Selbst noch bei den Codifikationen der neueren und neuesten Zeit waren die Ansichten getheilt, wie der Gesetzgeber sich zu der französischen Theorie zu verhalten habe.

So entschlossen sich die Redactoren des preussischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 nur sehr widerstrebend dazu, sie in ihre Codifikation aufzunehmen, indem die Staatsraths-Commission die Intention verfolgte, die Definition des strafrechtlichen Versuchs überhaupt zu vermeiden. Denn sie strich ebenso den § 50 des Entwurfs von 1836, welcher im Anschluss an die landrechtliche Theorie die Bestimmung getroffen hatte:

> *„Der Versuch eines Verbrechens wird strafbar, sobald derselbe durch eine solche äussere Handlung sich offenbart hat, welche schon auf die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens gerichtet ist.“*

wie den § 42 des Entwurfs von 1845, welcher, dem französischen Princip folgend, dahin formulirt war:

> *Wenn der Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, in solchen Handlungen offenbar geworden ist, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, so sind diese Handlungen als Versuch zu bestrafen, insofern die Ausführung durch äussere Umstände, unabhängig vom Willen des Thäters verhindert worden ist.*
>
> *Handlungen, durch welche die Ausführung eines Verbrechens nur vorbereitet, aber noch nicht angefangen worden, sind nicht als Versuch zu betrachten und zu bestrafen.*[4]

Dabei wurde die Staatsraths-Commission von der Erwägung geleitet, dass in dem einen wie anderen Falle der Willkür ein zu grosser Spielraum vergönnt werde, indem nach § 50 des Entwurfs von 1836 an sich rechtlich irrelevante Handlungen als strafbar erachtet werden könnten, während der § 42 des Entwurfs von 1845 eine feste, bestimmte Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungs-

---

[4] Beseler: Commentar S. 138—140. Goltdammer: Materialien Bd. I S. 248—250.

handlungen vermissen lasse. Für die Ablehnung der letzteren Bestimmung wurde ausserdem noch geltend gemacht, dass die Straflosigkeit aller Vorbereitungshandlungen zu weit gehe, Strafbarkeit vielmehr geboten sei, sobald der verbrecherische Wille sich in solchen äusseren Handlungen dokumentire, dass daraus auf die ernste Absicht, das Verbrechen zu begehen, geschlossen werden müsse.[5]

Ob der Willkür, womit die Ablehnung des einen wie des anderen Paragraphen — dort ausschliesslich, hier als mitbestimmend — motivirt wurde, dadurch wirksamer begegnet werden kann, dass das Gesetz dem richterlichen Ermessen überhaupt keine Schranke setzt, mag hier dahin gestellt bleiben. Ebensowenig bedarf es hier der Untersuchung, ob und in wieweit das Schweigen des Gesetzes über einen so bestrittenen Begriff, wie der des Versuches, sich mit dem Geiste verträgt, in dem Beccaria mit so ausserordentlichem Erfolg den Satz lehrte: Nulla poena sine lege criminali.

Jedenfalls war aber eine gesetzliche Definition des Versuchsbegriffs oder wenigstens eine Angabe der seine Strafbarkeit charakterisirenden Merkmale in der Rheinprovinz nicht zu umgehen; denn hier hatte der Gesetzgeber auf das den übrigen Landestheilen noch unbekannte Institut der Geschworenen[6] und auf die dem französischen System zu Grunde liegende Trennung von Thatfrage und Rechtsfrage Rücksicht zu nehmen.[7] Als daher die zu den Schlussverhandlungen im Jahre 1847 hinzugezogenen rheinischen Juristen darauf aufmerksam machten, dass der Mangel einer

---

[5] Beseler a. a. O. S. 139 140. Goltdammer a. a. O. 250.

[6] Bekanntlich blieb auch nach dem Sturz Napoleon I. die franz. Gesetzgebung in den westlich des Rheins gelegenen Ländern Deutschlands in Kraft. — Das Gesetz vom 17. Juli 1846 — G. S. Nr. 21 — welches mündliches, öffentliches Verfahren für Berlin einführte — hat das Laienelement zur Rechtsprechung nicht herangezogen. Dies geschah erst durch Verordnung vom 3. Januar 1849 für den ganzen Umfang der Monarchie mit Ausschluss des Appellationsgerichtshofes zu Cöln.

[7] Martin: Lehrbuch des Criminalprozesses. 5. Ausg. § 168 S. 520.

gesetzlichen Bestimmung in ihrem Lande die Folge haben müsste, dass die Geschworenen über einen Rechtsbegriff entschieden, musste die Staatsraths-Commission die Richtigkeit dieses Einwurfs anerkennen, und sie trug ihm auch thatsächlich Rechnung, so weit er eben räumlich reichte. Denn der nun folgende Entwurf von 1847 schied zwischen der Rheinprovinz und den übrigen Landestheilen in der Weise, dass nur in das Einführungsgesetz unter die für die Rheinprovinz geltenden besonderen Vorschriften eine dem nachmaligen § 31 des preuss. Straf-G.-B. synonyme Bestimmung aufgenommen, im Uebrigen dagegen Schweigen beobachtet wurde.[8] Der vereinigte ständische Ausschuss dagegen, dem demnächst der Entwurf nebst Ausführungsgesetz zur Berathung vorgelegt wurde, wollte auch für die alten Provinzen des Staates eine Begriffsbestimmung nicht entbehren und verlangte deshalb, dass die erwähnte Vorschrift des Einführungsgesetzes in das Strafgesetzbuch aufgenommen werde. Trotz des Widerspruchs der Regierung, welcher aus dem Bedenken hervorging, dass sich gesetzlich die Handlungen nicht genügend qualificiren liessen, um deren Strafbarkeit es sich hier handele, fand die gegentheilige Meinung die Majorität, und damit war es endlich erst entschieden, dass „der Anfang der Ausführung“ auch in Preussen, und zwar in allen Provinzen, in der Versuchslehre seine Rolle spielen sollte.[9]

Die Entstehungsgeschichte des deutschen Strafgesetzbuches dagegen weist zwar ein gleiches Schwanken seiner Redaktoren nicht nach; wenigstens ergeben die Motive zum Entwurf vom Juli 1869 sowie diejenigen zu dem dem Reichstag am 14. Februar 1870 vorgelegten revidirten Entwurf hierüber nichts. Indess hatte inzwischen die Wissenschaft ihre Bedenken gegen den zeitherigen Begriff des strafbaren Versuches erhoben. Insbesondere war es John, der in seinem im Herbst 1868 erschienenen Entwurf zu einem Strafgesetz-

[8] Goltdammer a. a. O. S. 250. 251.

[9] Goltdammer a. a. O. S. 251. 252. Beseler a. a. O. S. 140.

buch für den Norddeutschen Bund eingehend die Frage untersucht hatte, was der Versuchsbegriff in seiner Fassung als Anfang der Ausführung der Praxis leisten sollte und dabei zu dem Resultate gekommen war, dass er den an ihn zu machenden Ansprüchen in keiner Weise gewachsen, dass er durchweg haltlos und, wenn nicht gar schädlich, so doch wenigstens überflüssig sei.[10] Er glaubte deshalb der Gesetzgebung ohne Gefahr für die Rechtssicherheit und für die Iudicatur den Vorschlag unterbreiten zu dürfen, von einer Definition des Versuchsbegriffs gänzlich zu abstrahiren.[11]

Ihm stand jedoch die Ansicht derer gegenüber, welche sich darauf beschränkten, an den Gesetzgeber das Verlangen zu stellen, die Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung zu entscheiden, indem sie damit implicite anerkannten, dass im Uebrigen der zeitherige Zustand einer Abänderung nicht bedürfe.[12]

Der Gesetzgeber lieh jedoch weder der einen noch der anderen Stimme sein Ohr. Er glaubte, sich den bestehenden Codifikationen um so mehr anschliessen zu können, als mit seltener Uebereinstimmung von ihnen der Anfang der Ausführung für das charakteristische Merkmal des strafbaren Versuches erachtet und auch von der Theorie zumeist dieser Standpunkt getheilt würde. Ebenso vermied er aber auch andererseits die Beseitigung der beregten Controverse auf legislatorischem Wege, indem er ihre Lösung vielmehr der Wissenschaft vorbehielt.

Demgemäss beschränkte er sich darauf, an den § 31 des preuss. Straf-G. verbessernde Hand zu legen. Nach diesem Paragraphen nämlich war die Strafbarkeit des Ver-

---

[10] John a. a. O. S. 207 fg.

[11] John a. a. O. S. 217 fg.

[12] Vollert: Kritik des Entw. eines Straf-G.-B. für d. Nordd. Bund S. 19—21; derselbe „der revidirte Entw. eines Straf-G.-B. für den nordd. Bund“ S. 38. — Fuchs in Goltdammers Archiv Bd. 17 (1869) S. 628 cf. auch Wächter „Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines Straf-G.-B. für d. Nordd. Bund S. 98—102.

suchs von zwei Momenten abhängig gemacht, einmal davon, dass die Handlung einen Anfang der Ausführung enthalte und sodann weiter davon, dass die Vollendung nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände verhindert oder vereitelt worden sei. In dem zuletzt erwähnten Momente sah jedoch der deutsche Gesetzgeber einen Strafausschliessungsgrund und traf deshalb seine Dispositionen derart, dass er den Anfang der Ausführung zum „strafbaren Versuch" erklärte, während er den freiwilligen Rücktritt resp. die Abwendung des Erfolges zu Strafaufhebungsgründen machte.[13] (§ 46.) Dadurch ist freilich die Folge entstanden, dass das deutsche Gesetzbuch im § 43 eine umfassende Definition des Versuchsbegriffes aufstellt;[14] ob indess die legislatorische Intention hierauf gerichtet war, kann vorläufig noch unerörtert bleiben.

Denn bevor wir den verschiedenen, bisher angedeuteten Ansichten näher treten, dürfte zunächst die Frage von Interesse sein, wie sich zeither der Versuchsbegriff in seiner Eigenschaft als Anfang der Ausführung bewährt habe? Hat er sich überall, wo Anlass zu seiner Anwendung vorlag, brauchbar erwiesen, so würde die Vermuthung für seine Richtigkeit sprechen, so dass von vornherein eine Untersuchung nach dieser Richtung hin als überflüssiges Unternehmen erachtet werden könnte. Haben wir es dagegen hier mit einem Begriff zu thun, der überall versagt, wo er seiner Bestimmung gemäss Verwendung finden sollte, so dürfte eine Prüfung des Grundes einer solchen befremdlichen Wahrnehmung nicht von der Hand zu weisen sein.

Ich bin nun allerdings der Ansicht, dass der Versuchsbegriff, wie wir ihn heutzutage fast in allen Gesetzbüchern und in allen Compendien finden, durch und durch suspekt

---

[13] Motive zum revidirten Entwurf zu den § 43—46. Seeger in Goltdammers Archiv Bd. XVIII (1870) S. 228—232.

[14] Schwarze: Commentar 3. Aufl. S. 110. 111. John: deutsche Strafrechtszeitung pro 1872 S. 83. 84.

ist; denn überall — in der Praxis, in der Theorie, im Inlande und im Auslande — tritt uns dieselbe Erscheinung entgegen: Controverse an Controverse und keine einzige gelöst oder lösbar mit Hülfe des Begriffes.

Was zunächst die Praxis anlangt, so lässt sich ihr Bemühen verfolgen, an der Hand des Gesetzbuches und unter Zugrundelegung seiner Worte „Anfang der Ausführung“ die Entscheidung über die ihr unterbreiteten Fälle zu treffen, bis sie endlich, der Zwecklosigkeit ihres Bestrebens sich bewusst — ex bono et aequo urtheilt oder, wie John sich ausdrückt, ihrem Instinkte folgt.[15]

Die französische und die preussische Rechtsprechung hinsichtlich des Delikts des Diebstahls mögen als Beweis dafür angeführt werden.

Während nämlich die ältere französische Praxis im Einbrechen zum Zweck des Diebstahls noch keinen „commencement d'exécution“ erblickte, von der Erwägung ausgehend, dass der Diebstahl erst mit dem Akt der Wegnahme constituirt werde und demgemäss die vorhergehenden Massnahmen des Thäters keinen Anfang dieser Handlung enthielten, macht sich später ein Schwanken geltend,[16] bis endlich in der neuesten Zeit die Strafbarkeit eines solchen Unterfangens anscheinend nicht mehr bezweifelt wird.[17] Man mochte eben das befremdliche Resultat herausfühlen, einen Dieb, der bereits in so hohem Masse die Rechtssicherheit gefährdet hatte, aus der Criminaluntersuchung, wohl zu seiner eigenen Ueberraschung, unschuldig wie ein Kind hervorgehen zu lassen.

---

[15] John: Entwurf mit Motiven zu einem Straf-G.-B. für d. Nordd. Bund S. 217.

[16] cf. die von Mittermaier mitgetheilten Entscheidungen franz. Gerichte im Gerichtssaal pro 1859 S. 223 und Goltdammers Materialien I S. 263. 264. Chauvean & Hélie: Théorie du Code pénal (Belgische Ausgabe von Nypels) Bd. I Nr. 592 und 593. Gilbert: Les codes annotés de Sirey (Paris 1874) S. 334 und 335.

[17] Dalloz: Jurisprudence générale Bd. 42, Nr. 70. 71. 100 S. 264. 265. 274 (Paris 1861). Ortolan: Resumé des éléments de droit pénal (Paris 1874) S. 120 Nr. 423.

In ähnlicher Weise hat das preussische Obertribunal die Möglichkeit eines strafbaren Diebstahlsversuches an einem in dem erbrochenen Raume nicht existirenden Objekte aus dem Grunde verneint, weil die Unmöglichkeit der Apprehension die Unmöglichkeit ihres Anfangs in sich schliesse.[18] Die Consequenz hätte dann freilich ergeben, einen Taschendieb nur dann zu strafen, wenn sein Griff zu einem für ihn günstigen Resultate hätte führen können, so dass gewissermassen das Glück seiner Operation durch Strafe, das Unglück in seiner Spekulation durch Straflosigkeit paralysirt gewesen sein würde. Indess ist selbstredend unser höchster Gerichtshof nicht zu solchem extremen Spruch gekommen, er hat vielmehr sehr bald seine Ansicht gewechselt, und die Nichtexistenz der Sache am Orte der That für einen vom Willen des Thäters unabhängigen Umstand erklärt.[19] So hat also dieselbe gesetzliche Bestimmung es ermöglicht, die nämliche Handlung, ebenso wie früher für straflos, späterhin für strafbar zu erklären.

Im Gegensatz zur französischen Praxis hat dagegen das Ober-Tribunal von vornherein das Einsteigen und Einbrechen zum Zweck des Diebstahls als einen strafbaren Versuch erachtet.[20] Aber auch diese Ansicht ist von ihm nicht festgehalten, vielmehr der Grundsatz aufgestellt worden, dass die Frage nach dem Anfang der Ausführung sich nicht in abstracto entscheiden liesse, vielmehr thatsächlicher Natur sei.[21])

---

[18] Erk. des Ob.-Trib. vom 22. Februar 1854 in Goltdammers Arch. Bd. II S. 548. Erk. vom 29. September 1854 in Goltdammers Arch. a. a. O. S. 823.

[19] Erk. des Ob.-Trib. vom 6. Juni 1868 in Oppenhoff Rechtsprechung des Ob.-Trib. Bd. IX S. 363, cf. auch Goltdammers Archiv Bd. VII S. 708.

[20] Erk. des Ob.-Trib. vom 16. Juni 1852, 8. September 1852 und 14. Januar 1853 in v. Rönnes Erg. 5. Ausg. Bd. IV S. 56.

[21] Erk. des Ob.-Trib. vom 1. Februar 1866 in Goltdammers Arch. Bd. 14 S. 274 und vom 23. December 1863 in Oppenhof a. a. O. Bd. 4 S. 269 und Oppenhoffs Commentar zum deutschen Straf-G.-B. Note 65. 66 zu § 243 Nr. 3 in Verbindung mit Note 15 zu § 43 (2. Ausg.).

Handelt es sich aber hierbei nicht mehr um eine quaestio juris, vielmehr nur noch um eine quaestio facti, so war es nur consequent, wenn das Ober-Tribunal weiter den Rechtsgrundsatz aufstellte, dass auch das Einschleichen in eine fremde Wohnung, ja nur das Betreten derselben „unter besonderen Umständen“ den Thatbestand eines strafbaren Diebstahlsversuches enthalten könne.[22] Welche „besonderen Umstände“ aber hierfür erforderlich seien, finde ich nicht erwähnt, ja nicht einmal angedeutet; ich glaube aber nicht fehlzugehen, wenn ich annehme, dass damit eine praesumtio doli in dem Sinne geschaffen werden sollte, dass die Bestrafung überall da gerechtfertigt sei, wo das Geschehene zu dem Schlusse berechtige, dass der Thäter ohne das eingetretene Hinderniss die im Gesetz bedrohte That zur Ausführung gebracht haben würde. Die Gründe für meine Ansicht werde ich später erbringen; hier dagegen ist nur die befremdliche Erscheinung zu constatiren, dass es nach diesen Präjudicien nicht mehr darauf ankommen konnte, ob die zur Aburtheilung kommende That sich mit den gesetzlichen Merkmalen deckte, dass vielmehr damit der Instanzrichter in seiner Judikatur so freigestellt wurde, als wenn das Gesetzbuch über den Beginn des strafbaren Versuches keine Bestimmung enthielte. Damit war er zugleich, worauf John mit Recht hinweist, in seinen Entscheidungen hier uncontrollirbar und uncorrigibel,[23] da der Nichtigkeitsbeschwerde der Angriff gegen die thatsächliche Feststellung entzogen ist.[24] Erklärte mithin der eine Richter die nämliche Handlung für einen strafbaren Versuch, die der andere für einen solchen nicht erachtete — sie hatten beide Recht gesprochen.

So sehr man aber auch einen solchen Rechtszustand für bedenklich erachten, und so sehr man sich auch der Be-

---

[22] Oppenhoffs Commentar zum preuss. Straf-G.-B. 4. Ausg. S. 80 Note 20. — Derselbe: Rechtsprechung des Ob.-Trib. Bd. XV S. 106 (Erk. v. 20. Februar 1874). Bd. XVII S. 283 (Erk. v. 26. April 1876).

[23] John a. a. O. S. 213.

[24] Art. 107 des Gesetzes vom 3. Mai 1852.

fürchtung überlassen muss, dass seine Conservirung unter der Herrschaft der deutschen Strafprocessordnung noch empfindlicher verspürt werden möchte, indem danach das Rechtsmittel der Berufung gegen die Erkenntnisse des Landgerichts versagt ist,[25] während das preussische Recht die Appellation gegen die Sentenz der Gerichtsabtheilung, freilich mit wenig Aussicht auf Erfolg gewährte[26] — so sehr wird man doch andererseits anerkennen müssen, dass die preussische Judikatur von einem richtigen Takte geleitet worden ist. Denn wir werden bald sehen, dass sie, hätte sie den „Anfang der Ausführung“ urgirt, zu noch weit befremdlicheren Resultaten gelangt sein würde.

Ein vielleicht noch weniger erfreuliches Bild gewährt die Theorie. Nahezu in keinem einzigen Punkte herrscht in ihr Uebereinstimmung: weder über den Beginn der Strafbarkeit noch über den Umfang des Gebietes noch über die höchste strafbare Stufe des Versuches. Von dem Moment an, wo der Begriff uns entgegentritt, bis zu dem Moment der Vollendung, mit dem er naturgemäss ausgeschlossen ist, ist hier kaum ein Punkt unbestritten.

Denn noch ist die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung in einer allseitig anerkannten Weise nicht gefunden, ja es sind sogar Zweifel erhoben worden, ob dieselbe sich überhaupt ziehen lasse.[27]

Anlangend dagegen den Umfang des Gebietes, so ist es nicht blos bei einzelnen Verbrechen controvers, ob bei ihnen der Versuchsbegriff anwendbar sei oder nicht, sondern es hat sogar die Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objecte eine ganze Literatur hervorgerufen, ohne bisher zum Abschluss gelangt zu sein. An Mannigfaltigkeit der Ansichten hat es

---

[25] § 354 der Straf-Proc.-O. in Verbindung mit § 123 des Gerichts-Verfassungs-G.

[26] Art. 101 des Ges. v. 3. Mai 1852.

[27] Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen. S. 77. Schütze: Lehrbuch des deutsch. Strafrechts § 43 S. 135.

dabei nicht gefehlt; Geib zählt sieben verschiedene Meinungen hier auf,[28] Rubo rechnet sogar neun und darüber heraus.[29] Dabei begegnen wir hier derselben Erscheinung wie eben zuvor; denn auch hier hat es nicht an gewichtigen Stimmen gefehlt, welche die Ueberzeugung aussprachen, dass die in Rede stehende Controverse aus dem Criminalrecht niemals verschwinden würde.[30]

Was endlich den beendigten Versuch anbetrifft, so sind wohl die in Veranlassung der unterm 23. November 1875 dem Reichstage gemachten Vorlage — (aus der die Strafrechtsnovelle vom 26. Februar 1876 hervorgegangen ist) — entstandenen Diskussionen und Meinungserörterungen noch in zu frischem Andenken, als dass es hier nothwendig wäre, daran zu erinnern, welche Fülle von Controversen auch diese Materie in sich schliesst. Es mag daher genügen, nur an die wichtigsten Fragen zu erinnern, die hier zur Sprache gebracht sind und noch ihrer Lösung harren.[31]

Verdient überhaupt unter den verschiedenen Graden des Versuchs das delictum perfectum eine besondere Hervorhebung? Ist ev. ein solcher höchster Grad nur bei den Verbrechen, die zu ihrem Thatbestand einen Erfolg verlangen, denkbar? Ist, wenn dies der Fall,[32] die subjektive

---

[28] Geib: Lehrb. des deutschen Strafrechts Th. II § 102 S. 305 fg.

[29] Rubo: „Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln pp." im Gerichtssaal pro 1865 S. 1 fg.

[30] Leonhardt: Commentar über das Criminal-G.-B. des Königreichs Hannover Bd. I S. 198 Note 4. Seeger in Goltdammers Arch. Bd. XVIII (1870) S. 273 „die wissenschaftliche Erörterung ist erschöpft". Mittermaier a. a. O. S. 469 Note 17.

[31] Die Verhandlungen des deutschen Juristentages 1876 Bd. I Nr. VIII S. 109 fg. (Berner'sches Gutachten), Nr. IX S. 145 fg. (Lammsches Gutachten), Nr. XI S. 178 fg. (Leuthold'sches Gutachten), Bd. II Sitzung am 29. August 1876 S. 229 fg., v. Buri in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 276 fg.

[32] Bei den formellen Verbrechen soll der beendigte Versuch nur in der Form des untauglichen Versuchs unter Anwendung der subjektiven Formel denkbar sein. Köstlin: System des deutschen Strafrechts S. 244.

Formel, wonach der Verbrecher Alles gethan haben muss, was er zur Vollendung des Verbrechens für nöthig hielt, oder die objektive Formel, wonach der Thäter Alles gethan haben muss, was von seiner Seite zur Vollendung des Verbrechens nöthig war, die ihm entsprechende? Kann hier von einem blossen Rücktritt noch die Rede sein? Soll der Rücktritt oder, wenn er hier nicht denkbar ist, die Abwendung des Erfolges als Strafaufhebungsgrund erachtet werden? Beruht die Straflosigkeit, wenn man sie statuiren will, auf Rechtsgründen oder auf criminalpolitischen Erwägungen oder auf beiden zugleich?

Erwägt man, dass auch hier die Litteratur zu einem befriedigenden Abschluss noch nicht gekommen ist, obwohl der Streit nicht erst mit der Vorlage der Novelle beginnt, vielmehr schon längst vorher mit dem Aufgebot aller Gründe für und wider geführt worden ist, was wir seiner Zeit nachzuweisen gedenken: so dürfte die Prognose nicht zu gewagt sein, dass auch diese Controversen, so lange der bisherige Ausgangspunkt der Untersuchung unverändert festgehalten wird, niemals aufhören werden, im Criminalrecht ihre Rolle zu spielen.

Werfen wir endlich noch einen Blick auf die Legislationen, so drängen sich uns auch hier nicht minder befremdliche Wahrnehmungen auf. Trotz der grössten Uebereinstimmung über das Wesen des Begriffes, begegnen wir den grössten Abweichungen im Einzelnen.

So erkennen die Gesetzesbücher von Hessen und Nassau nur die Reue als Strafaufhebungsgrund des nicht beendigten Versuches an,[33] während die übrigen Codifikationen nicht weiter die Motive, aus denen der Rücktritt hervorging, unterscheiden; allein sie weichen doch wieder darin von einander ab, dass hier das freiwillige Abstehen nur eine

---

[33] Strafges.-B. für das Grossherzogthum Hessen vom 17. September 1841 (eingeführt in Frankfurt a. M. am 16. September 1856) Art. 69. — Strafges.-B. für das Herzogthum Nassau vom 14. April 1849 Art. 65.

geringere Strafe begründen,[34] dort dagegen die Strafbarkeit beseitigen soll.[35]

Bei dem beendigten Versuch begegnen wir weiter zwei Differenzpunkten. Der eine besteht darin, dass das sächsische Gesetzbuch vom 13. August 1855 ihn nach der subjektiven Formel definirt,[36] während anderwärts auf ihn die objektive Formel zur Anwendung gebracht wird.[37] Der andere hingegen liegt darin, dass hier die Abwendung des Erfolges als Strafmilderungs- oder Strafminderungsgrund,[38] dort als ein die Strafbarkeit aufhebender Umstand aufgefasst wird.[39]

Auf auffallendsten ist aber die Divergenz in der Behandlung des s. g. untauglichen Versuchs, obwohl diese Controverse mit dem Begriff in so nahem Zusammenhang steht, dass sich wiederholt die Ansicht geltend gemacht hat, sie sei unter Zugrundelegung der Worte „Anfang der Ausführung" zur Entscheidung zu bringen.[40]

---

[34] Criminalges.-B. für das Herzogthum Sachsen-Altenburg (Kgl. Sächs. Criminalges.-B. vom 30. März 1838) Art. 28.

[35] Würtemberg Art. 73, Baden § 117, Thüringen Art. 26 Nr. 1, Hannover Art. 34 Nr. 3, Sachsen Art. 44, Preussen § 31, Bairisches Straf.-G. vom 10. November 1861 Art. 47.

[36] Strafges.-B. für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855 Art. 40.

[37] Würtemberg Art. 64 des Strf.-G. vom 1. März 1839; Braunschweig § 36: Hannover Art. 33; Thüringen Art. 26 in Verbindung mit Art. 23 Nr. 2; Hessen Art. 68 letztes alinea; Baden § 107; Nassau Art. 64 letztes alinea; Hamburg (Criminalges.-B. vom 30. April 1869) Art. 34.

[38] Thüringer Art. 26, Sachsen Art. 42 Nr. 1, Baden § 118.

[39] Frankreich, Code pénal Art. 2; Belgien Code pénal vom 8. Juni 1867 Art. 51; Baiern Strafges.-B. vom 10. November 1861 Art. 47; Preussen § 31.

[40] Rossi: Traité de droit pénal chap. 30 Bd. II S. 152 fg. (3. Ausgabe von Faustin Hélie); Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 130 S. 247 248; Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (6. Auflage) § 103 S. 176; Scherer: „Ueber die Strafbarkeit des Versuches am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln" im Gerichtssaal pro 1878 S. 481 fg.

Einige Gesetzbücher lassen nämlich den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekt auf die Strafbarkeit principiell keinen Einfluss ausüben,[41] während andere hier die Strafe des nicht beendigten Versuchs angewendet wissen wollen.[42] Eine dritte Gruppe übergeht die Controverse, sei es in ihrem vollen Umfang,[43] sei es, soweit die Untauglichkeit des Objekts in Frage kommt, mit Stillschweigen.[44]

Unter den Gesetzbüchern, welche die Strafbarkeit eines solchen Versuches grundsätzlich statuiren, macht sich hinwiederum ein Variiren in den Detailbestimmungen geltend. Baden will die Bestrafung nur bei besonders schweren Verbrechen eintreten lassen;[45] die übrigen Codifikationen dagegen erkennen eine solche Unterscheidung nicht an. Umgekehrt heben wieder einige Gesetzbücher innerhalb des untauglichen Versuchs die Fälle, in denen zur Ausführung des beabsichtigten Verbrechens aus Aberglauben oder Unverstand solche Mittel gebraucht werden, welche dazu unter keinen Umständen dienen können, besonders hervor,[46] während anderwärts nicht weiter distinguirt wird. Innerhalb der erstgedachten Codifikationen macht sich endlich noch die Differenz geltend, dass Aberglaube und Einfalt meistens als Strafaufhebungsgrund behandelt wird,[47] während das Criminalgesetz für Braunschweig hier die Vorschriften über die Vorbereitung

---

[41] Hessen Art. 67, Nassau Art. 63.

[42] Sachsen Art. 42 Nr. 2 und Art. 43; Baden § 110 und 111; Würtemberg Art. 72; Braunschweig § 36; cf. auch Thüringen Art. 23 Nr. 4 Art. 24 und Art. 25.

[43] Deutsches Strafges.-B. § 43 fg.; Preuss. Straf-G. § 31 fg.; § 8 des Oesterr. Straf-G. vom 27. Mai 1852; Bair. Straf-G. vom 10. November 1861 u. a. m.

[44] Hannover Art. 32 und Art. 40.

[45] Baden § 110 111.

[46] Hessen Art. 67. Thüringen Art. 23 letztes alinea. Nassau Art. 63. Hannover erwähnt nur den Aberglauben Art. 34 Nr. 2.

[47] cf. die sub 46 citirten Gesetzesbücher.

der Verbrechen, wonach unter Umständen auf polizeiliche Aufsicht erkannt werden kann, anwendet.[48]

Mittermaier spricht deshalb seine Verwunderung darüber aus, dass, obgleich alle Welt darüber einig ist, dass der Versuch eines Verbrechens erst strafbar wird, wenn die Handlung einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthält, die grösste Verschiedenheit der Ansichten über die Strafbarkeit des untauglichen Versuches herrscht, während doch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Frage nicht zu leugnen sei.[49]

Müssen wir aber von dem Gesetzgeber präsumiren, dass er logisch operirt, so dürfte die Folgerung nicht abzuwehren sein, dass wir es entweder mit einem Begriff zu thun haben, der die verschiedensten Schlüsse ermöglicht oder mit einem solchen, an den sich folgerechte Conklusionen nicht knüpfen lassen. In dem einen wie anderen Falle hätten wir alle Ursache, mit einer gewissen Voreingenommenheit an den Begriff selbst heranzugehen.

Dazu kommt noch als auffällig die weitere Erscheinung, dass die Legislationen hier vielfach eine Vorsicht an den Tag legen, die auf die Unsicherheit der Basis hindeutet. Insbesondere lieben sie es der Entscheidung über die Controverse über den untauglichen Versuch aus dem Wege zu gehen, um nicht der Wissenschaft vorzugreifen.[50] Sie warten also auf die Zukunft; die Praxis aber kann die zur Entscheidung drängenden Fälle nicht in unbestimmte Ferne hinaus vertagen.

Wohin wir uns also auch immer gewendet haben, in der Praxis, in der Theorie, in den gesetzgeberischen Pro-

---

[48] Braunschweig § 36 und § 40.

[49] Mittermaier a. a. O. S. 197, S. 403 fg.

[50] Mittermaier a. a. O. S. 411 und 412. Goltdammers Materialien Bd. I S. 272. Hälschner: System des preuss. Rechts Bd. I S. 197. — Walter in Pözl's Kritischer Vierteljahrsschrift Bd. V (1863) S. 27—31. Motive zu dem Entwurf eines Straf-G.-B. für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 (Decker'scher Verlag) S. 87. Motive zum revidirten Entwurf S. 53. — Motive des österreichisch. Entwurfs von 1874 zu § 46—49.

dukten, sind wir auf Erscheinungen gestossen, welche den heutigen Versuchsbegriff zu verdächtigen geeignet sind. Demgemäss bin ich der Ansicht, dass wir uns nicht länger dabei beruhigen können, die einzelnen Symptome, die uns in unserem Rechtsorganismus besonders störend erscheinen, aufmerksam zu beobachten, und uns zu bemühen, für sie Linderung herbeizuführen, vielmehr vermeine ich, dass uns vor Allem die Pflicht erwächst, den Grund des Uebels zu erforschen und dem Sitze der Krankheit nachzuspüren.

---

§ 2.

Zur Interpretation des § 43 des Deutschen Strafgesetzes.

Es könnte mir jedoch eingewendet werden, dass ich mit meinen Schlussfolgerungen ein wenig zu schnell bei der Hand wäre; denn wenn auch die Praxis der Bequemlichkeit, die Theorie der Abkürzung wegen den Versuch als „Anfang der Ausführung" zu bezeichnen pflege, so würde doch die Vorsicht gebieten, zunächst festzustellen, ob diese Ausdrucksweise auch dem Sinne, der damit verbunden sein soll, vollständig entspreche. Gewiss müsste ich einen solchen Vorwurf ohne Widerspruch über mich ergehen lassen, wollte ich in Erörterungen über die Versuchslehre eintreten, ohne den Begriff, auf dem sie ruht, eingehend zu prüfen. Ich glaube deshalb nicht vorsichtiger handeln zu können, als dass ich hierüber zunächst die Gesetzbücher zu Rathe ziehe, und mich sodann, wenn sie mich im Stich lassen sollten, an die Theorie wende, damit sie mir ihren Beistand leiste und mich durch ihn zur Klarheit führe.

Ziehe ich nun die verschiedenen Legislationen in Betracht — und ich habe dabei die ehemaligen deutschen Partikularrechte, das deutsche Strafgesetzbuch, den Code pénal Frankreichs[1], den Belgiens[2], sowie die Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für Oesterreich von 1867 und 1874[3], für Bremen von 1868[4], für die Niederlande von 1870[5], und für England von 1878[6] im Auge — so kehrt

[1] Art. 2 des Code pénal (in der Fassung nach dem Gesetz vom 28. April 1832).

[2] Art. 51 des Code pénal vom 8. Juni 1867.

[3] § 22 resp. § 46. In dem letzteren § ist nur dem Wort Anfang der Ausdruck Beginnen substituirt.

[4] § 67.

[5] van Swinderen: die Entwürfe eines Straf-G.-B. für das Königreich der Niederlande in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 125.

[6] Sektion 32 (cf. die Meyer'sche Uebersetzung in Goltdammers Arch. pro 1879 S. 15).

in ihnen, von dem englischen Entwurf abgesehen, der Ausdruck „Anfang der Ausführung" überall wieder. Indess macht sich doch die Abweichung bemerkbar, dass die eine Kategorie der Gesetzbücher eine Definition des Begriffs gibt[7], die andere dagegen nur die Bedingungen für die Strafbarkeit des Versuchs normirt und damit implicite einen daneben bestehenden straflosen Versuch anerkennt.[8] Innerhalb der ersten Gruppe ist es auffallend, dass meistens das Kriterium des Anfangs der Ausführung als zur Definition ausreichend erachtet wird, während das Braunschweigische Gesetzbuch — und seine Auffassung wird von dem italienischen Entwurf von 1868 getheilt — sich damit gegenüber den Verbrechen, die zu ihrem Thatbestand den Eintritt eines Erfolges verlangen, nicht durchzukommen getraut. Auch kann nicht unbemerkt bleiben, dass abweichend von allen übrigen gesetzgeberischen Arbeiten, die nur von einer Handlung sprechen, das Badensische Gesetz und der italienische Entwurf sich des Ausdrucks „Handlungsweise" bei der Definition des beendigten Versuches bedienen.[9] Sehen wir indess vorläufig von diesen Nuancirungen ab, so sehr sie auch das Nachdenken anzuregen geeignet sind, so erscheint uns kein Gesetzbuch zur Interpretation geeigneter als das Deutsche, nicht blos, weil es uns am nächsten liegt, sondern auch aus dem Grunde, weil es die verschiedensten Legislationen berücksichtigt hat, um unter ihnen die zweckmässigste Auswahl treffen zu können.[10]

---

[7] Sachsen Art. 39. Hessen Art. 64. Braunschweig § 36. Hamburg § 32. Bayern Art. 47. Baden § 106 cf. auch § 34 des neuen Straf-G.-B. des Cantons Zürich.

[8] Preussen § 31. Thüringen Art. 23. Lübeck § 29. Frankreich Art. 2. Belgien Art. 51.

[9] Baden § 107. — Art. 54 § 2: Colui che, coll' intenzione diretta a commettere un reato, ha fatto tutto, ciò che era necessario a consumarlo, se il successo non è avvenuto per cause accidentali et indipendenti dalla sua volontà e dal suo modo di operare, è colpevole di reato mancato. — Anders im Art. 72 des Entw. von 1874.

[10] Anlage zu den Motiven von 1869 „Vergleichende Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen" Nr. VI S. 44—53.

Es schreibt nun § 43 ibid. vor:

„*Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen.*

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.“

Danach besteht das positiv charakteristische Merkmal des Versuches in der Vornahme einer Handlung, welche den Anfang der Ausführung desjenigen Verbrechens oder Vergehens enthält, auf dessen Verübung der Wille des Thäters gerichtet war. Dabei scheinen mir die Worte „Anfang“ und „Ausführung“ im gewöhnlichen Sprachsinn gebraucht zu sein, so dass sie einer Interpretation nicht weiter bedürfen. Zwar hat Krug den Ausdruck „Ausführung“ als einen zweideutigen bezeichnet[11], und Mittermaier hat diese Auffassung gebilligt.[12] Indess ist doch in der Litteratur nur Streit darüber, ob der Gesetzgeber damit die Ausführung des Verbrechens oder die des auf dasselbe gerichteten Entschlusses gemeint habe, so dass nicht sowohl die Bedeutung des Wortes „Ausführung“ als vielmehr der Gegenstand, auf den sich die Ausführung beziehen soll, zu Zweifeln Veranlassung geboten hat.[13] Krug selbst erkennt dies an; denn er findet die Schwierigkeit des Verständnisses des Wortes „Ausführung“ darin, dass dasselbe seinen Gegensatz sowohl in der Vorbereitung als auch im Entschlusse habe.[14] Allein auch

[11] Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. S. 19.

[12] Mittermaier a. a. O. S. 208 Note 37.

[13] Zachariae: „Von dem Versuch der Verbrechen“ in Goltdammers Arch. pro 1857 Bd. V S. 578. Walter a. a. O. S. 33. Häberlin: „Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichs-Straf-G.“ Gerichtssaal pro 1872 S. 257. Oppenhoff: Commentar zum deutschen Straf-G. (2. Ausg.) Note 9 zu § 43 S. 94. Erk. des Ob.-Trib. vom 15. Februar 1856 in Goltdammers Arch. Bd. 4 S. 365.

[14] Krug a. a. O. S. 19.

die Vorbereitungshandlungen bedürfen, um zur Existenz zu gelangen, der Ausführung eines Entschlusses, so dass danach nur noch der Gegensatz zwischen Entschluss und Ausführung bestehen und dabei die Frage zu lösen bliebe, ob die Ausführung das gesammte Gebiet zwischen dem Entschluss und der Vollendung des Verbrechens umfassen solle oder ob daraus das Stadium der Vorbereitung ausgeschieden werden müsse und könne. Alsdann läge aber die hier entgegentretende Schwierigkeit nicht in der Zweifelhaftigkeit des Sinnes, in welchem der Ausdruck „Ausführung" aufzufassen sei, sondern in der Begrenzung des Objekts, das mit ihm getroffen werden sollte. Demgemäss bemüht sich auch Mittermaier[15] im Laufe seiner weiteren Untersuchung, nicht sowohl das Wort „Ausführung" zu interpretiren, als vielmehr eine Grenze zwischen den Vorbereitungshandlungen und dem strafbaren Versuch zu ziehen. Darin scheint mir aber das Zugeständniss zu liegen, dass die Quelle der Zweifel nicht in der Vieldeutigkeit des Ausdrucks „Ausführung", sondern in der Unbestimmtheit des Begriffes der Vorbereitung zu suchen sei.

Dagegen bedürfen die im § 43 gebrauchten Worte „Verbrechen und Vergehen" als technische einer Erklärung. Dabei kann es sich aber nicht darum handeln, den Sinn festzustellen, welchen die Eintheilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen damit verbindet, weil diese Klassifikation für das Wesen des Versuchsbegriffs unerheblich ist. Denn, wie die Motive unseres Gesetzbuches ausdrücklich hervorheben, soll der § 43 nicht etwa die Möglichkeit eines Conates nur bei Verbrechen und Vergehen anerkennen, und bei Uebertretungen verneinen, sondern vielmehr aus Zweckmässigkeitsgründen die Versuchsstrafe bei Uebertretungen gänzlich, bei Vergehen in den gesetzlich nicht speciell vorgesehenen Fällen ausschliessen.[16] Demgemäss

---

[15] Mittermaier a. a. O. S. 209 fg.

[16] Motive des revidirten Entwurfs II S. 53 und Motive vom Juli 1869 S. 85.

dürfte zu untersuchen sein, was wohl das Gesetz unter Delikt im Allgemeinen verstehe, um so den Gegenstand zu finden, auf den nach seiner Intention die Ausführung bezogen werden kann, resp. bei Verbrechen unbedingt und bei Vergehen bedingungsweise bezogen werden muss.

Das Delikt wird nun aber von ihm mit der im Gesetz bedrohten Handlung identificirt[17], so dass mithin der § 43 besagen würde:

Eine strafbare Handlung ist versucht, wenn ihre Ausführung begonnen, ihre Vollendung aber nicht stattgefunden hat. Es würde diese Auslegung zwar mit der Definition übereinstimmen, welche die Gesetzbücher von Sachsen, Hessen, Hamburg und Baden über den Versuchsbegriff aufstellen.[18] Auffallend bleibt es aber, dass der deutsche Gesetzgeber einen Umweg beschreibt, um zu demselben Resultate zu gelangen; indess liegt die Möglichkeit nahe, dass er „den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben", aus dem Grunde hervorgehoben hat, um die culposen Delikte von der von ihm gegebenen Begriffsbestimmung auszunehmen[19], wofür auch der Umstand zu sprechen scheint, dass die Gesetzbücher von Sachsen und Hamburg das Requisit des Vorsatzes, die von Hessen und Baden das der Absicht besonders betonen. Unerheblich ist es dagegen, dass der Sächsische Versuchsbegriff auch die Unterlassungen erwähnt, da unser Gesetzbuch mit dem Ausdruck Handlungen auch die Unterlassungen umfasst.[20]

Wende ich nun die von mir versuchte Interpretation, um mich von ihrer Richtigkeit zu überzeugen, auf ein be-

---

[17] cf. insbesondere § 1. 47. 48. 51. 73. 74.

[18] Sachsen Art. 39. Hessen Art. 64. Hamburg Art. 32. Baden § 106.

[19] Oppenhoff a. a. O. Note 4. Schwarze: Commentar S. 115. Schütze: deutsches Strafrecht S. 134—135.

[20] Schwarzes Commentar (3. Auflage) S. 200. Rüdorff: Straf-G.-B. Note 6 zu § 1 S. 101.

stimmtes Verbrechen z. B. den wissentlichen Meineid an und ziehe ich dabei, um nicht ohne Noth schon hier in die Erörterung einzelner Controversen einzutreten[21], nur die Länder in Betracht, in denen die Eidesleistung der Zeugenaussage nachfolgt[22], so scheint allerdings das gewonnene Resultat ein ganz befriedigendes zu sein. Denn mag man auch darüber streiten, ob der Akt der Eidesleistung mit der Erhebung der Schwurfinger oder erst mit dem Aussprechen der Eidesformel seinen Anfang nimmt, so herrscht doch darüber Uebereinstimmung, dass die begonnene, aber nicht vollendete Leistung eines wissentlich falschen Eides den Fall eines versuchten Verbrechens zur Erscheinung bringt.[23] Wenigstens habe ich in der Praxis, soweit ich dieselbe in meiner Thätigkeit als Richter und Anwalt kennen zu lernen Gelegenheit hatte, hierüber auch nicht die Spur eines Zweifels bemerkt. In der Theorie dagegen sind freilich vereinzelt Bedenken aufgetaucht, indess sind dieselben doch mehr angeregt als begründet worden, so dass auch nach ihr, wenigstens nach der communis opinio, hier ein echter Versuch vorliegt.

Wende ich aber die von mir entwickelte Auslegung des § 43 auf ein anderes Verbrechen an, und zwar auf dasjenige, welches in der Litteratur über den Versuch die hervorragendste Rolle spielt, auf das Verbrechen der Tödtung,

---

[21] Hier tritt der Zweifel hinzu, in welchem Sinne das Wort „Aussage" aufzufassen sei. Schwarze in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 286 cf. auch Sachsen Art. 224.

[22] cf. Motive zum Entwurf der deutschen Strafprozess-Ordn. zu §§ 50—55 S. 147 und Motive zum Entwurf der deutschen Civil-Proz.-O. zu § 344 S. 494 und 495. — Die § 356 der deutschen Civil-Proz.-Ord. und der § 60 der deutschen Straf-Proz.-O. schreiben die vorhergehende Vereidigung als Regel vor.

[23] Schwarzes Commentar S. 426. Oppenhoffs Commentar Note 20 zu § 154 und Note 27 zu § 153. von Kirchmanns Straf-G.-B. für den Nordd. Bund S. 103. Rüdorffs Straf-G.-B. für das deutsche Reich Note 8 zu § 154 und Note 5 zu § 153. — Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 23 S. 213—222. Erk. des Ob.-Trib. vom 6. Oktober 1853 in Goltdammers Archiv Bd. I S. 702 und 703.

so lässt sie mich, aber auch mit ihr zugleich die gesetzliche Definition, vollkommen im Stich.

Denn abgesehen davon, dass hier die Handlung, durch welche der Tod bewirkt werden soll oder kann, nicht näher bezeichnet ist, der Gesetzgeber vielmehr sich dem modus procedendi des Thäters gegenüber ganz indifferent verhält und demgemäss nicht weiter in Betracht zieht, durch welche Mittel und auf welchem Wege, ob durch positive Thätigkeit oder durch Unterlassung der Verlust eines Menschenlebens herbeigeführt wird, kann nach meiner Ansicht hier weder von einem Anfang noch von einem Ende der Ausführung die Rede sein.

Denn während bei der Verbrechensklasse, zu der der Meineid gehört — bei den s. g. formalen Verbrechen — die Handlung durch die ihr innewohnenden Merkmale als strafbar charakterisirt wird, empfängt die Handlung bei der Verbrechenskategorie, zu der die Tödtung gehört — bei den s. g. materialen Verbrechen — ihre Signatur durch ein ausserhalb derselben liegendes Ereigniss. Dort haben wir es lediglich mit einer Thätigkeit, einem successiven Uebertreten des Willens in die Aussenwelt zu thun, während hier die Handlung nicht an sich, sondern als Grund einer Folge in Betracht kommt.

Der Begriff des Beginnens und Beendigens ist nun aber nur auf zeitliche Verhältnisse anwendbar; denn er bezeichnet im zeitlichen Sinne antipolare Stadien einer in allen ihren Theilen homogenen Thätigkeit. Man mag deshalb von einem begonnenen, aber nicht vollendeten Meineid, von einer angefangenen, aber nicht beendigten Fälschung sprechen, da der successive Verlauf dieser Handlungen eine Zergliederung in zeitliche Gegensätze zulässt.

Unanwendbar hingegen ist die Unterscheidung zwischen Beginnen und Vollenden auf die Verbrechen, an die ihrer Natur nach nicht der Massstab der Zeit gelegt werden kann, mithin auf die Verbrechen, über deren Existenz und Nichtexistenz der Eintritt und beziehungsweise das Ausbleiben der zu ihrem Thatbestand gehörigen Folge entschei-

det. Ich kann daher den Rechtslehrern und den Gesetzbüchern nicht beistimmen, die sich dahin ausdrücken:

Ein Verbrechen ist vollendet, wenn die mit Strafe bedrohte Handlung beendigt ist, und im Fall ein gewisser Erfolg zu den gesetzlichen Erfordernissen des Verbrechens gehört, auch dieser eingetreten ist.[24]

Eigenthümlicher Weise ist die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht für die culposen Delikte anerkannt, für die dolosen dagegen bestritten[25]; es liegt dies daran, dass man die Einheit des Grundes verkannt hat.

Der Entwickelung einer für die dolosen und culposen Delikte gleichmässigen Lehre standen nämlich zwei allgemein verbreitete, mit einander verwandte Irrthümer entgegen. Der eine bestand darin, dass man Versuch und Vollendung, der andere darin, dass man dolus und Vollendung als Correlate erachtete. Jeder von ihnen führt zu der Annahme, bei den culposen Delikten den Vollendungsbegriff auszuschliessen, der eine direkt, der andere indirekt durch das zu subintelligirende Zwischenglied, dass Versuch und Fahrlässigkeit einander abstossen. Diese Consequenz wurde denn auch in der That gezogen, und der Grundsatz aufgestellt, dass allen fahrlässigen Verbrechen die Eigenthümlichkeit innewohne, dass bei ihnen nur zwischen Sein und Nichtsein distinguirt werden könne.[26]

Die Abweichung von der von uns vertretenen Ansicht wurzelt also darin, dass während bei uns ein äusserer Um-

---

[24] Abegg: System der Criminalrechtswissenschaft §§ 88. 89 S. 49. Derselbe: Lehrbuch § 93 S. 151. Temme: Lehrbuch des preuss. Strafrechts § 56. Bauer: Lehrbuch § 58. Schütze a. a. O. S. 132 Note 2. Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 18 S. 25—27. Sachsen Art. 37. Thüringen Art. 22. Hannover Art. 32. Hessen Art. 63. Baden § 105.

[25] Hälschner: System des preuss. Straf-R. Bd. I S. 172. Köstlin: System des deutschen Straf-R. S. 221. Derselbe: Neue Revision S. 221. Temme a. a. O. S. 267. 268. Zachariae a. a. O. Bd. I § 26 S. 39.

[26] cf. Note 25 und Schwarze: Commentar S. 115. Otto „Vom Versuch der Verbrechen“ S. 36. Krug „Die Lehre vom Versuch der Verbrechen“ (Vorabdruck aus dem Rechtslexikon) S. 14 Note 35.

stand, je nachdem die verbotene Handlung eine Zerlegung in zeitliche Abschnitte zulässt beziehungsweise zurückweist oder der Thatbestand eines Verbrechens einen bestimmten Erfolg erfordert, über die Möglichkeit, den Begriff der Vollendung anzuwenden oder auszuschliessen, entscheidet, und eben deshalb von uns dabei die Verschiedenheit der Schuld, als ein inneres Moment, nicht in Betracht gezogen wird: die gegnerische Theorie den gerade entgegengesetzten Standpunkt vertritt.

Zu ihrer Widerlegung würde genügen, wenn auch nur eine der beiden Prämissen, auf denen sie ruht, sich als hinfällig erweist. Denn wenn die Vollendung nicht den dolus erfordert, so kann sie auch nicht mit dem Versuch, der ihn nicht entbehren kann, im Correlatverhältniss stehen, und wenn, umgekehrt, Versuch und Vollendung nicht Wechselbegriffe sind, so kann auch nicht dies dem Versuch eigenthümliche Requisit der Vollendung wesentlich sein. Ich halte aber sowohl die eine wie die andere Voraussetzung für anfechtbar.

Das Correlatverhältniss zwischen Vollendung und Versuch soll nämlich auf dem zwischen beiden Begriffen bestehenden Gegensatze beruhen.[27] Wenn aber dem Ende nur der Anfang gegenüber stehen kann, wenn weiter ein Unterschied zwischen Vollbringen und Beendigen unerfindlich ist[28], so kann der Vollendung nur das Beginnen begrifflich entsprechen. Die gegnerische Prämisse führt daher nothwendig zu der Consequenz entweder Anfang und Versuch zu identificiren[29] oder zur Vollendung einen doppelten Gegensatz zu

---

[27] Berner: Lehrbuch des deutschen Straf-R. (6. Auflage S. 170). Zachariae a. a. O. § 3 S. 2. §§ 18 und 19 S. 25—27. Luden: Abhandlungen aus dem gem. deutschen Straf-R. S. 4. Cropp: De praeceptis juris Romani circa puniendum conatum deliquendi S. 35. „Et conatus quidem perfectae rei opponitur.“

[28] Mittermaier a. a. O. S. 14.

[29] Ueber die Unzulässigkeit einer solchen Identificirung herrscht heut nicht Streit cf. Köstlin N. Rev. S. 542. Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen S.

bilden, den Anfang oder den Versuch. In diesen Fehler ist namentlich Zachariae, in jenen Hepp verfallen. Zachariae nämlich, dem wir die Anregung der hier zur Untersuchung stehenden Frage verdanken, argumentirt, um sie zu beantworten, wie folgt:

Den Gegensatz zum vollendeten Verbrechen bilde der Versuch. Daraus folge aber nicht, dass derselbe überall vorkommen müsse. Denn Anfang und Versuch seien nicht gleichbedeutend. Zwar müsste auch das culpose Delikt angefangen sein, um vollendet zu werden, allein diesen Anfang könne man nicht Versuch nennen, weil Versuch ohne dolus undenkbar sei. Wenn daher Versuch und Vollendung strenge Gegensätze bleiben sollten, so dürfe man bei dem culposen Verbrechen auch nicht von Vollendung, sondern nur von unvollkommener Existenz des Thatbestandes sprechen.[30]

Zachariae lehrt also, dass es einen doppelten Anfang gebe, bei den dolosen Delikten einen solchen, dem die Vollendung, bei den culposen Verbrechen dagegen einen solchen, dem der Mangel des Thatbestandes gegenüberstehe. Es entgeht ihm indess dabei, dass er mit verschiedenen Begriffen, und noch dazu innerhalb derselben Schuldart verschieden, operirt. Bei den culposen Delikten wendet er nämlich das Wort Anfang in seinem sprachlichen Sinne an. den Gegensatz hierzu bildet er aber nicht demgemäss und er muss daher einen Anfang statuiren, der ein Ende nicht zulässt. Bei den dolosen Verbrechen dagegen gebraucht er das Wort Anfang in einem abweichenden, seinem Versuchsbegriffe entsprechenden Sinn, den Gegensatz hierzu entnimmt er jedoch wieder seiner sprachlichen Bedeutung, und kommt so hier zu einem Ende, dem wieder kein An-

---

42—45. Mittermaier: Im Neuen Arch. des Criminalrechts Bd. X S. 542. Zachariae a. a. O. S. 39.

[30] Zachariae a. a. O. Bd I § 26 S. 39. — Im Wesentlichen deducirt Pfotenhauer a. a. O. in gleicher Weise trotz der Heftigkeit seiner Polemik gegen Hepp.

fang gegenübersteht. Es ist danach also der dolus im Stande, den Anfang in Versuch zu verwandeln, während die culpa die Vollendung in mangelnden Thatbestand umsetzt.

Hepp vertheidigt dagegen die Synonymität von Anfang und Versuch. Seine Deduktion lässt sich in Kürze dahin zusammenfassen, dass, wenn Vollendung und Beginnen sich gegenüberstehen, wenn ferner dieser Gegensatz durch dolus und culpa unberührt bleibt, und wenn endlich das Correlat der Vollendung technisch Versuch genannt werde, die Annahme eines culposen Versuches damit von selbst gegeben sei.[31]

So hat also die von uns bekämpfte Prämisse in der Litteratur die beiden Folgen hervorgerufen, die sie ihrer Natur nach erzeugen muss. Man hat eben bei ihr nur die Wahl, entweder den Gegensatz zur Vollendung einheitlich zu bilden und damit den Versuchsbegriff zu vernichten, oder aber die Einheitlichkeit des Ausgangspunktes aufzugeben und den Gegensatz demgemäss verschieden zu construiren, um damit den Versuchsbegriff zu retten.

Hepp aber erkannte die Quelle, der die hervorgetretene Meinungsdivergenz entflossen war, so wenig, dass er — weit entfernt, den ihm allseitig gemachten Vorwurf, er verwechsele Anfang und Versuch, dahin zurückzugeben, dass er nur das ganz thue, was auf Seite seiner Widersacher blos halb geschehe — gerade das bestritt, was er hätte einräumen müssen, und umgekehrt das zugab, was er hätte bestreiten sollen.

Denn anstatt den Sprachgebrauch für sich aufzurufen, dass dem Ende nicht der Versuch gegenübersteht, leugnet er die Verschiedenheit des Wortsinnes der Begriffe Versuch und Anfang. Seine im Anschluss daran geknüpfte Aufforderung:

„*Man halte sich anstatt an den Sprachgebrauch an das Wesen der Sache: nichts kann vollendet werden, ohne angefangen zu sein, — und vertausche den Anstoss*

---

[31] Hepp: Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft S. 259—265. Derselbe: Im neuen Archiv für Criminalrecht Bd. IV § 2 S. 36—39.

erregenden Begriff: versuchtes Verbrechen mit dem gleichbedeutenden angefangenen oder nicht vollendeten!"
war daher schwerlich geeignet, Eindruck zu machen. Es konnte somit die von ihm angeregte Controverse Nichts dazu beitragen, hier Klarheit zu schaffen.

So war es möglich, dass die Lehre, dass der Versuch der Gegensatz zur Vollendung sei, sich bis in unsere Tage hinein zu behaupten vermochte. Der in ihr liegende Irrthum ist aber ein so bestrickender, dass es nicht Wunder nehmen kann, wenn selbst Zachariae sich von ihm nicht freizuhalten vermochte. Er wurzelt nämlich in der Erkenntniss, dass, wie wir uns auszudrücken pflegen, der Versuch die Vollendung und umgekehrt die Vollendung den Versuch ausschliesst.[32] Denn nur zu leicht kann man dabei übersehen, dass man die Gegensätze verschieden bildet, dass man bald der Vollendung das Beginnen, bald der Existenz des Thatbestandes dessen Nichtexistenz gegenüberstellt. Wäre es anders, so wäre die Erscheinung räthselhaft, dass bisweilen der Versuch in „Vollendung" umschlägt; sie lässt sich vielmehr unseres Erachtens nur daraus erklären, dass überall, wo die Möglichkeit zwischen Sein und Nichtsein gegeben ist, beide Alternativen zugleich gesetzt erscheinen.

Aber auch die zweite bisher von uns ausser Betracht gelassene Prämisse: „kein vollendetes Verbrechen ohne dolus" scheint uns irrig zu sein. Weder sind die dafür erbrachten Gründe durchschlagend, noch ist sie mit unserem positiven Recht in Einklang zu bringen.

Denn nach Köstlin soll die durch das Thatmoment überwiegend bestimmte Fahrlässigkeit deshalb für den Begriff der Vollendung unanwendbar sein, weil diese durch die Uebereinstimmung von Vorsatz und That bedingt werde.[33] Alsdann müsste aber Köstlin gerade die Consequenz gegen sich gelten lassen, deren er sich erwehren will, nämlich

---

[32] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 52, Bd. II S. 2.
[33] Köstlin: Neue Revision S. 343, S. 434—437.

die, dass der Versuch ein vollendetes Verbrechen sei. Denn wenn er das Charakteristische des Conates darin findet, dass bei ihm mehr gewollt, als geschehen sei,[34] so leuchtet ein, dass die Congruenz zwischen Vorsatz und That nicht dadurch aufgehoben werden kann, dass auf der Willensseite ein darüber hinausgehender Ueberschuss bestehen bleibt.

Hälschner dagegen weicht hier von Köstlin insofern ab, als er auch die Culpa für geeignet erachtet, die Einheit von Wille und That herzustellen; er glaubt jedoch bei ihr diese Einheit nicht aufrecht erhalten zu können, weil der Handelnde den Eintritt des Erfolges nicht bedacht habe.[35] Allein ihm dürfte entgegenzuhalten sein, dass, wenn die mangelnde Vorstellung nicht vermochte, die Knüpfung des Bandes zwischen Wille und That zu verhindern, es unerfindlich erscheint, wie sie im Stande sein soll, die eingetretene Verbindung zu lösen.

Was endlich das positive Recht anlangt, so weist es, wenn auch nur sporadisch, solche culpose Vergehen nach,[36] deren Thatbestand durch einen successiven Verlauf nehmende Handlungen erfüllt wird. Es mag hier genügen, an den fahrlässigen Meineid, an den fahrlässigen Transport von seuchenkrankem Vieh, an den fahrlässigen Nachdruck zu erinnern.[37] Die Möglichkeit auch bei culposen Handlungen

---

[34] Derselbe a. a. O. S. 227. § 118. S. 339.

[35] Hälschner: System Bd. I § 45. S. 171.

[36] Bei den Uebertretungen ist es controvers, ob zu ihrer Strafbarkeit überhaupt der Nachweis einer Schuld gehört und ev. ob dazu die culpa ausreichend sei cf. hierüber Binding: die Normen und ihre Uebertretungen Bd. II S. 615 fg. Loos in von Holtzendorff's Strafrechtszeitung pro 1870 S. 323 fg. Hälschner im Gerichtssaal per 1865 S. 321 fg.

[37] § 163 des Reichs-Straf-G.-B. — § 3 des Reichs-G. vom 21. Mai 1878 in Verbindung mit § 2 des Bundes-G. vom 7. April 1869, § 18 alin. 1 des Bundes-G. vom 11. Juni 1870. Die Fälle, in denen die Fahrlässigkeit einen Erfolg nicht erfordert, sind häufiger als vielfach angenommen wird, da hier die delicta ommissionis hinzutreten cf. z. B. § 139 Straf-G.-B. und Oppenhofs Commentar Note 12. Schwarzes Commentar S. 404. § 283 Straf-G.-B. und Oppenhoffs Commentar Note 12. 13. 14. Schwarzes Commentar S. 706. Art. 206. Nr. 2, Art. 249

zwischen Beginn und Vollendung zu unterscheiden, ist damit constatirt; die davon verschiedene Frage,[38] ob ihre Strafbarkeit principiell erst an die beendigte Thätigkeit zu knüpfen ist, muss vorläufig noch unerörtert bleiben. Damit ist aber die Annahme unvereinbar, dass bei allen culposen Delikten ausnahmlos nur von Existenz und Nichtexistenz gesprochen werden dürfe.

Fällt somit diese vermeintliche Eigenthümlichkeit der Fahrlässigkeit, so ist damit zugleich auch das Hinderniss beseitigt, welches im Wege stehen soll, das bei den dolosen Verbrechen gewonnene Resultat auf die culposen Delikte und umgekehrt das bei diesen gewonnene Prinzip auf jene zu übertragen. Denn wenn sowohl die dolosen wie die culposen Verbrechen sich in materiale d. h. in solche, deren Begriff einen Erfolg erfordert, und in formale d. h. in solche, die durch die verbotene Handlung schlechthin consummirt werden, scheiden lassen,[39]) und wenn weiter unter den formalen Delikten uns solche begegnen, bei denen die Thätigkeit des Handelnden eine zeitliche Zergliederung zulässt, so kann die specifische Verschiedenheit dieser Kategorien nicht in der Verschiedenheit der Verschuldung, sondern nur in der Verschiedenheit des von uns behaupteten äusseren Umstandes, auf welchem die ganze Distinction beruht, gefunden werden. Daraus ergiebt sich von selbst der Schluss:

> *Bei den materialen Verbrechen ist die Unterscheidung zwischen Beginnen und Vollendung unanwendbar; bei ihnen kann nur von Existenz und Nichtexistenz des Thatbestandes gesprochen werden. Ob dolus oder culpa vorliegt. ist dabei unerheblich.*

Nr. 2 und 249a Handels-G.-B. und Puchelts Commentar S. 371. Dahin möchte Meyer: Lehrbuch des deutschen Straf-R. S. 170, Note 3 zu berichtigen sein.

[38] Zachariae a. a. O. Bd. I, S. 36, S. 38. Meyer a. a. O. S. 170. Note 3.

[39] Ob diese Classifikation eine erschöpfende ist, ist eine später zu erörternde Frage (cf. § 12).

Soweit bei den formalen Verbrechen die incriminirte Handlung überhaupt die Unterscheidung zwischen Beginnen und Vollenden zulässt, ist dieselbe statthaft, ganz unabhängig davon, ob dolus oder culpa vorliegt. [40]

Kehren wir nunmehr zur Interpretation unseres Gesetzbuches zurück, und wenden wir die gewonnenen Resultate auf die materialen Verbrechen an, bei deren Betrachtung wir stehen geblieben sind, so dürfte es nicht zweifelhaft sein, dass sie von der gesetzlichen Definition nicht getroffen werden. Denn der Versuchsbegriff ist danach nach Merkmalen normirt, welche die in Rede stehende Verbrechenskategorie nicht an sich trägt. So wenig wir von einem begonnenen und beendigten Tode sprechen können, so wenig dürfen wir zwischen einer angefangenen und vollendeten Tödtung unterscheiden. Der Verbrecher, der einem Anderen in mörderischer Absicht noch so schwere Wunden geschlagen hat, mag sich somit, wenn er streng nach § 43 unseres Gesetzbuches gerichtet werden soll, in Sicherheit wiegen, sofern es der Kunst der Aerzte und der Pflege der Angehörigen gelingt, die Folgen des blutigen Angriffes abzuwenden. Die Praxis hat daher nicht ohne Grund die von dem Gesetzgeber gegebene Definition eines Rechtsbegriffes ignorirt und nach freiem Ermessen über die Frage, ob Versuch vorliege oder nicht, entschieden; [41] sie hatte eben herausgefühlt, dass die strikte Interpretation der Legalbestimmung zum Ruin aller Rechtssicherheit geführt haben würde.

Aber die zeitherige Erörterung hat noch das weitere Resultat ergeben, dass die scheinbare Brauchbarkeit der gesetzlichen Definition für die formalen Verbrechen in Wirk-

---

[40] Ich kann daher auch die vielfach ausgesprochene Ansicht, dass die vollendete Handlung nicht identisch sei mit dem vollendeten Verbrechen, cf. Pfotenhauer a. a. O. S. 68. Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. I S. 45 — in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkennen. Bei den formalen Verbrechen müssen sich vielmehr beide Begriffe mit Nothwendigkeit decken.

[41] S. oben S. 7. und 8. und Pezold: Deutsche Strafrechtspraxis S. 21. Nr. 1.

lichkeit auf die Identificirung von Anfang und Versuch hinausläuft. Das Requisit des Dolus kann darin nichts ändern. Der § 43 sagt in der That nicht mehr und nicht weniger als: Der wissentliche Meineid ist versucht, wenn er begonnen ist.

Demgemäss muss ich mich ausser Stande erklären, den Versuchsbegriff im § 43 in einer den gesetzgeberischen Intentionen irgend wie entsprechenden Weise zu entwickeln. Zu einem solchen extremen Urtheil wird man sich aber nicht ohne die zwingendste Noth entschliessen dürfen, da es durchaus unstatthaft erscheint, an der Auslegung eines Gesetzes zu verzweifeln.[42] Es würde daher jede Interpretation zu adoptiren sein, die auch nur annähernd zu einem befriedigenden Resultate zu führen vermöchte. Ich glaube aber, dass die nach dieser Richtung hin zeither gemachten Versuche nicht minder unglücklich ausgefallen sind.

Die meisten Commentatoren erachten es nämlich für selbstverständlich, dass der § 43 des deutschen Strafgesetzbuches den durch den § 31 des preussischen Strafgesetzbuches sanktionirten Unterschied zwischen s. g. Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen festgehalten habe, und sie beschränken sich deshalb darauf, die Grenze zwischen beiden zu ziehen oder wenigstens Andeutungen zu geben, worin sie die Differenz zwischen ihnen erblicken.[43] Allein sie scheinen mir dabei nicht genügend den bereits hervorgehobenen Umstand zu würdigen, dass das deutsche Gesetz vom preussischen insofern wesentlich abweicht, als jenes eine anscheinend erschöpfende Definition des Versuchsbegriffes giebt, während dieses, ihn als bekannt voraussetzend,

---

[42] Windscheid: Lehrbuch der Pandekten (2. Aufl.) Bd. I § 21 S. 52.

[43] Schwarze: Commentar § IV S. 118 fg. Derselbe im von Holtzendorff'schen Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 279. Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 40, S. 195 fg. Schütze deutsches Straftrecht § 43 S. 135. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 102 und § 103 S. 172 fg. Oppenhoffs Commentar zu § 43 Note 9, 15. v. Kirchmann: Straf-G.-B. für den Norddeutschen Bund Note zu §. 43 S. 45.

sich darauf beschränkt, den Punkt zu fixiren, von dem ab es die darunter fallende Thätigkeit als strafbar behandelt wissen wollte.[44]

Der Gegensatz zwischen Vorbereitung und Ausführung ist nun aber nur bei dem letzteren Standpunkt aufrecht zu erhalten, während er bei dem ersteren von selbst hinfällig wird; denn er beruht auf der Scheidung zwischen Begriff und Strafbarkeit, der dort gesetzlich recipirt, hier dagegen ebenso reprobirt ist.

Indem man nämlich die gesammte auf Verübung eines Verbrechens gerichtete Thätigkeit als Versuch behandelte, erkannte man, dass die bürgerliche Sicherheit wohl in zu hohem Masze gefährdet werde, wollte man jede derartige Handlung einer gesetzlichen Ahndung unterwerfen. Man zog deshalb innerhalb der Versuchsthätigkeit eine zeitliche Grenze, bezeichnete den diesseits derselben gelegenen Theil mit Vorbereitungs-, den jenseitigen Theil mit Ausführungshandlungen und erklärte jene für straflos, diese für strafbar, ohne dadurch den Begriff selbst irgend wie zu modificiren.[45] Insbesondere haben Mittermaier und Zachariae, von denen vornehmlich in Deutschland, die Nothwendigkeit zwischen Vorbereitung und Ausführung zu unterscheiden, vertheidigt worden ist, an der Ansicht festgehalten, dass beide Stadien der verbrecherischen Thätigkeit gleichmässig unter den Begriff fallen und dass nur in ihnen eine wesentliche Differenz bezüglich ihre Strafwürdigkeit enthalten sei,[46] so dass Köstlin gerade hieraus ein Argument entnimmt, die Theorie seiner Gegner als widerspruchsvoll zu bezeichnen.[47]

Das preussische Gesetz operirte daher, die Scheidung zwischen Begriff und Strafbarkeit statuirend, mit dem ein-

---

[44] S. oben S. 6.

[45] S. das Nähere §§ 4 und 7.

[46] Mittermaier: Neues Archiv des Criminalrechts Bd. I S. 163 fg., Bd. II S. 602 fg., Bd X S. 549, Bd. IV S. 14. Derselbe: Gerichtssaal pro 1859 S. 197—209, S. 422. Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 19 S. 27, § 22 S. 34, § 48 S. 77 fg. Bd. II S. 28.

[47] Köstlin: Neue Revision S. 384.

heitlichen Versuchsbegriff der Doktrin und zerlegte nur die darunter zu subsumirende verbrecherische Thätigkeit, je nachdem sie mehr oder minder fortgeschritten war, in die beiden zeitlich verschiedenen Abschnitte der Vorbereitung und Ausführung. Wäre es anders, so würde gegen diejenigen, welche aus der Fassung des § 31 die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt herleiten wollten, zu Unrecht eingewendet worden sein, dass der Zeitpunkt der Strafbarkeit einer Handlung, und nur dies sei im Gesetz vorhergesehen, über deren Beschaffenheit keinen Aufschluss geben könne.[48]

Das deutsche Gesetz dagegen hat, indem es die Merkmale angiebt, durch deren Vorhandensein es den Thatbestand erfüllt sein lässt, die Congruenz zwischen Begriff und Strafbarkeit geschaffen, eben damit aber auch den Gegensatz zwischen Vorbereitung und Ausführung in Wegfall gebracht. Denn die Möglichkeit, die Versuchsthätigkeit in zwei Stadien zu zerlegen, die das unter einander gemeinsam hätten, unter den Begriff zu fallen, und wiederum von einander darin abwichen, dass sie in ihrer Strafwürdigkeit verschieden beurtheilt werden müssten, ist dadurch von selbst ausgeschlossen. Entspricht die Handlung nunmehr der Definition, so liegt Versuch vor; thut sie dies nicht, so ist dieser Verbrechensbegriff überhaupt nicht anwendbar. So wenig man zwischen einer strafbaren und straflosen Bigamie im Sinne des Strafgesetzbuches distinguiren kann, ganz ebenso ist es nunmehr unzulässig, von einem strafbaren Versuch im Gegensatz zu einem straflosen zu sprechen.

Wenn daher die Interpretation des deutschen Strafgesetzbuches trotzdem in dasselbe den Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung hineinträgt, so könnte dies meines Erachtens nur von zwei Gesichtspunkten aus gerecht-

---

[48] Schwarze: Commentar S. 125. Häberlin: Gerichtssaal pro 1864 „Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt“ S. 226, cf. auch Walther in Pözls krit. Vierteljahrsschrift Bd. V (1863) „Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen“ S. 33, S. 57.

fertigt werden. Entweder müsste man den Nachweis führen, dass der Gesetzgeber nur die früheren Ausführungshandlungen mit seinem Versuchsbegriff habe umfassen wollen, so dass deshalb auf ihr Verhältniss zu den Vorbereitungshandlungen zu recurriren sei, oder man müsste behaupten, dass er von dem preussischen Gesetze weiter abgewichen sei, als dies in seiner Absicht gelegen habe, so dass er den Unterschied zwischen Begriff und Strafbarkeit bewusster Weise nicht beseitigt habe.

Von diesen beiden Annahmen halte ich die erstere, so nahe sie auch liegen mag, für ebenso ausgeschlossen, wie die letztere, so sehr sie auch befremdlich erscheint, für zutreffend.

Die erstere Alternative liesse sich nämlich nur dann vertheidigen, wenn der Gesetzgeber einen neuen Versuchsbegriff hätte schaffen wollen. Denn das Ausscheiden der Vorbereitungshandlungen aus dem Begriff lässt sich ohne dessen Umbildung nicht bewerkstelligen, indem das Merkmal, das zeither den strafbaren Versuch vom straflosen schied, dazu verwendet werden muss, den Thatbestand zu charakterisiren.

Es dürfte mir vielleicht gelingen, mich durch ein Beispiel deutlicher zu machen. Gesetzt ein Strafcodex würde die Bestimmung enthalten, dass der Meineid, dessen Begriff von ihm als bekannt vorausgesetzt wird, erst mit dem Aussprechen der der üblichen Eingangsformel nachfolgenden Worte strafbar sein sollte,[49] während ein späteres Gesetz die Bestimmung treffen würde:

> *Wer einen ihm zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid wissentlich falsch in dem Theile ausschwört, durch den die von seinem Prozessgegner behauptete Thatsache widerlegt beziehungsweise die von ihm behauptete erwiesen werden soll, wird p. p.*

so würde der Umstand, der im ersteren Falle über Strafbarkeit und Straflosigkeit entscheiden sollte, im letzteren in die Definition übergegangen sein. Damit hätte aber der

[49] Die Worte „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen“ stünden also nicht unter der Strafdrohung.

Begriff eine nicht unmerkliche Alteration erlitten; dort stimmte er mit dem der Wissenschaft überein, hier dagegen weicht er von ihm wesentlich ab.

Die Motive zu unserem Gesetzbuch ergeben nun aber auf das Unzweideutigste, dass dasselbe weder sich von der Wissenschaft hat entfernen noch einen neuen, mit der preussischen Auffassung nicht übereinstimmenden Versuchsbegriff hat aufstellen wollen.[50])

Umgekehrt bestätigt vielmehr die Redaktionsgeschichte der §§ 43 — 46 auf das Deutlichste die Richtigkeit der zweiten von mir bereits früher[51]) angedeuteten Ansicht, indem die Motive sich über die intendirte Aenderung wie folgt auslassen:

„*In Abweichung von dem preussischen Strafgesetzbuch § 31, zugleich aber im Anschluss an die Mehrzahl der anderen deutschen Strafgesetzgebungen hat sich der Entwurf darauf beschränkt, den Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens für strafbaren Versuch zu erklären. Die Vorschrift des preussischen Strafgesetzbuches, dass behufs Annahme eines strafbaren Versuches auch festgestellt werden müsse, es sei die Vollendung des Verbrechens oder Vergehens nur durch äussere, vom Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden, hat der Entwurf nicht aufgenommen. In Uebereinstimmung mit den meisten anderen deutschen Strafgesetzbüchern befindet sich derselbe, wenn er im § 46 bestimmt, dass es nur für einen Ausschliessungsgrund rücksichtlich der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei, wenn der Thäter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren.*“

„*Auf criminalpolitischen Gründen beruht die fernere*

---

[50] Motive des revidirten Entwurfs II S. 52. 53 cf. auch die Motive zu Entwurf I S. 84. 85.

[51] S. oben S. 6

Bestimmung des § 46, dass der Versuch als solcher straflos bleiben solle, wenn der Thäter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.“ [52]

Es wird also hier noch nach wie vor zwischen strafbarem und straflosem Versuch unterschieden. Nicht in den Begriffs-, sondern in den Strafbarkeitsmerkmalen sollte eine Aenderung in der Weise eintreten, dass das freiwillige Abstehen und die Verhinderung des Erfolges nicht die Strafbarkeit constituiren, sondern die begründete Strafbarkeit in Wegfall bringen sollten. Dabei übersah man jedoch zweierlei: einmal, dass man diesen Zweck nur dadurch erreichen konnte, dass man den Schlusspassus des preussischen Gesetzes strich und aus ihm einen neuen dem § 46 entsprechenden Paragraphen bildete [53] und weiter, dass man die Abwendung des Erfolges nicht zu einem Strafaufhebungsgrund machen durfte, wenn man nicht zuvor die Rolle bezeichnet hatte, die er in der Begründung der Strafbarkeit spielen sollte.

Indem man statt dessen die Bedingungen, unter denen der Versuch strafbar sein sollte, zu den Bedingungen machte, unter denen er überhaupt vorliegen sollte, ist man über das beabsichtigte Ziel hinausgegangen, so dass der § 43 nicht das ausdrückt, was er ausdrücken soll, und, anstatt die Grenze zwischen dem strafbaren und straflosen Versuch zu ziehen, den Thatbestand des Versuches charakterisirt, der von ihm gar nicht fixirt werden sollte.

Indem man weiter die Thätigkeit zur Herbeiführung eines schädlichen Erfolges nicht zur Voraussetzung ihrer

---

[52] Motive des revidirten Entwurfs II S. 53.

[53] Seeger: zu den Bestimmungen über den Versuch strafbarer Handlungen in Goltdammers Archiv pro 1870 S. 230. 231 und Rüdorff: Straf-G.-B. für das deutsche Reich S. 165 Note interpretiren in der That den § 43 in der Weise, als wenn nur dies geschehen wäre.

Strafbarkeit machte, dagegen dessen Verhinderung für einen Strafaufhebungsgrund erklärte, ist man in den Widerspruch verfallen, Straflosigkeit einer Handlung zuzusichern, ohne dass diese überhaupt als strafbar bezeichnet worden wäre. Man kann hiergegen nicht erinnern, dass durch die Worte „Anfang der Ausführung“ auch die materialen Verbrechen getroffen seien, da die Irrigkeit dieser Meinung sich aus den zeitherigen Erörterungen ergeben haben dürfte.

Am klarsten aber geht daraus, dass der Gesetzgeber glaubte, sich einer Bestimmung über die Strafbarkeit des s. g. untauglichen Versuches enthalten zu können, hervor, wie wenig er an die Aufstellung einer erschöpfenden Definition gedacht haben kann. Denn sonst hätte er sich sagen müssen, dass die von ihm angeregte Frage auch entschieden sei. Entweder musste nämlich der untaugliche Versuch unter seine Definition fallen; dann war er eo ipso strafbar; oder er lässt sich darunter nicht subsumiren, dann war damit seine Straflosigkeit ebenso von selbst geboten.

Scherer hat daher nicht so Unrecht, wenn er seine Verwunderung durchblicken lässt, dass diese Controverse noch immer nicht aus der Litteratur verschwunden sei, während sie doch nach den Worten des § 43 zu Gunsten der objektiven Theorie längst entschieden wäre.[54] Freilich ist ihm dabei der Widerspruch zwischen der Ausdrucksweise des Gesetzgebers und dessen Intention entgangen.

Zugleich ist aber auch damit der Grund gefunden, weshalb es unmöglich sein dürfte, aus dem § 43 den Versuchsbegriff sinngemäss zu entwickeln; es müsste mit wunderbaren Dingen zugehen, wenn der Zufall eines Redaktionsfehlers grössere Klarheit in so schwieriger Materie zu schaffen im Stande sein sollte.[55]

---

[54] Scherer: über die Strafbarkeit des Versuches am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln im Gerichtssaal pro 1878 (Bd. 29) S. 486—494.

[55] Chop: Ueber die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung eines Verbrechens steht mit seiner Ansicht — S. 50 — dass der Begriff

Im Endresultat scheint John mir am nächsten zu stehen. Denn während er in seinem Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund für den Fall, dass ein Gesetzbuch über den Begriff oder die absolute Strafbarkeit des Versuchs keine Bestimmungen enthielte, für die Praxis eine Beweisregel aufgestellt hatte, wonach sie Versuch und Vorbereitung unterscheiden sollte,[56] interpretirt er den § 43 des deutschen Strafgesetzbuches in der Weise, dass er auf ihn eben dieselbe Beweisregel für anwendbar erachtet.[57] Darin liegt meines Erachtens das Zugeständniss, dass die beregte Gesetzesvorschrift eine so wenig stringente Definition enthält, dass es für ihre Auslegung im Wesentlichen auf dasselbe hinausläuft, ob sie dasteht oder nicht dasteht. Aber freilich, den Weg, auf dem John zu seinem Schlusse gelangt, kann ich nicht mit ihm wandeln.

Denn er sieht die Abweichung des preussischen Rechts von dem deutschen darin begründet, dass jenes zwischen straflosem und strafbarem Versuche, dieses zwischen den allemal und an sich straflosen Vorbereitungshandlungen und den allemal und an sich strafbaren Versuchshandlungen unterscheide.[58] Allein die Aufgabe der Interpretation hätte sich, wenn diese Voraussetzung richtig wäre, wohl nicht verändert. Wie John nämlich selbst zugiebt, ist der ehemals straflose Versuch mit den s. g. Vorbereitungshandlungen identisch, und es scheint mir daher sachlich dasselbe zu sein, ob man die Grenze zwischen straflosem und strafbarem, oder ob man sie zwischen den Vorbereitungshandlungen und Versuch überhaupt zieht, so lange nicht der Nachweis geführt wird, worin sich der strafbare Versuch von „den allemal und an

---

des Versuches bei der Einfachheit und Klarheit seines sprachlichen Ausdrucks durchaus verständlich sei, wohl isolirt da.

56 John: Entwurf mit Motiven zu einem Straf-G.-B. für den Norddeutschen Bund S. 207 fg., S. 217.

57 John: Beurtheilung eines Erkenntnisses des Hamburger Strafgerichts in der von Holtzendorff'schen Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung pro 1872; S. 85. 86. 92, S. 97 fg. drücken die Beweisregel nur in anderer Form aus.

58 John: a. a. O. S. 83 und 84.

sich strafbaren Versuchshandlungen" unterscheiden solle. Da John hierüber keine Auskunft giebt, so bliebe wohl nur die Annahme übrig, dass er die letzteren mit den Ausführungshandlungen des preussischen Rechts identificirt habe. Alsdann wären aber nunmehr Versuch und strafbare Ausführung ebenso Synonyma, wie dies nach Johns eigener Ansicht Vorbereitung und strafloser Versuch gewesen waren.[59] Deshalb bin ich der Meinung, dass John nur durch den Weg zum Ziel, nicht durch das Ziel selbst sich von seinen Vorgängern unterscheidet: denn sie suchen sämmtlich die Grenze zu finden, wo die Vorbereitungshandlungen sich von den strafrechtlich relevanten Versuchshandlungen scheiden, und sie gehen nur darin auseinander, dass dabei John processrechtliche Grundsätze zu Hilfe nimmt,[60] während die Uebrigen den Boden des materiellen Rechtes nicht verlassen. Ob wir uns der einen oder anderen Methode anzuschliessen, oder ob wir uns nicht vielmehr gegen beide gleichmässig zu wenden haben, kann vorläufig dahingestellt bleiben; denn hier, wo es sich lediglich um die Interpretation der im § 43 des Deutschen Straf-G.-B. anscheinend enthaltenen Definition des Versuchs handelt, dürfte es genügen, den Nachweis geführt zu haben, dass auch John an dem Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung dem Wesen nach festhält. Damit ist aber, wie wir bereits gesehen haben, der Gesichtspunkt, dass der Gesetzgeber einen erschöpfenden Versuchsbegriff formulirt habe, unvereinbar.

Ich kann mich daher einer Widerlegung von Häberlin,[61] soweit er mit den zeither erwähnten Commentatoren übereinstimmt, wohl enthalten; dagegen erachte ich eine Beleuchtung seiner Ansicht insoweit für nothwendig, als sie Eigenthümlichkeiten darbietet, und insoweit deshalb die Frage offen bleibt, ob es vielleicht ihm gelungen sein dürfte, die

---

[59] John: a. a. O. S. 83.

[60] John: a. a. O. S. 90—97 und im Entwurf S. 218—220.

[61] Häberlin: Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafges. im Gerichtssaal pro 1872 S. 253 fg.

uns interessirende Gesetzesstelle plausibel auszulegen. Ich zögere nicht, sie zu verneinen.

Häberlin geht nämlich zunächst von der Erwägung aus, dass das deutsche Gesetz gegenüber dem preussischen den wesentlichen Fortschritt aufzeige, dass es eine Begriffsbestimmung des Versuches gebe. Da er jedoch, wenngleich zu Unrecht, in den Worten „Anfang der Ausführung“ das Charakteristische derselben findet, so zwingt ihn der Umstand, dass beide Gesetzgebungen gleichmässig dieses vermeintliche Merkmal hervorheben, die eben aufgestellte Behauptung zu revociren und zu erklären, dass sachlich zwischen ihnen kein nennenswerther Unterschied bestehe.[62] Demgemäss lehrt er weiter — und darin kann ihm nur beigetreten werden[63] — dass der eine wie der andere Codex mit der in Rede stehenden Ausdrucksweise nicht einen Anfang der Ausführung der verbrecherischen Absicht, oder, wie wir mit Rubo verbessernd sagen wollen, des verbrecherischen Entschlusses,[64] sondern den des beabsichtigten Verbrechens habe bezeichnen wollen.[65] Danach erscheint aber seine fernere Untersuchung, ob die qu. Gesetzesworte im subjektiven oder objektiven Sinne zu verstehen seien, ebenso überflüssig, wie das von ihm gewonnene Resultat, dass die erstere Alternative die zutreffende sei,[66] damit im direkten Widerspruch stehend. Wir müssten daher seine Auslegung selbst dann reprobiren, wenn er die Richtigkeit seiner Auffassung über das Wesen des Versuchs auf das Evidenteste nachgewiesen hätte; denn wir könnten hieraus allenfalls Veranlassung schöpfen, die legislatorische

---

[62] a. a. O. S. 253 und 254.

[63] Zachariae: Zu Th. I Tit. II des Straf-G.-B. „Von dem Versuch der Verbrechen“ in Goltdammers Archiv Bd. V (1857) S. 578. Erk. des Ob.-Trib. vom 15. Februar 1856 in Goltdammers Archiv Bd. IV S. 365. Dass das deutsche Gesetz hierin vom preussischen habe abweichen wollen, wird von Niemandem behauptet.

[64] Rubo: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt im Gerichtssaal pro 1865 S. 51.

[65] a. a. O. S. 257.

[66] a. a. O. S. 260 fg.

Ansicht als irrig zu bekämpfen, keineswegs aber entspränge daraus für uns die Berechtigung, im Wege der Auslegung dem gesetzgeberischen Willen, dem wir uns zu beugen haben, den unsrigen zu oktroyiren.[67] Allein ich glaube obendrein, dass Häberlin seine Lehre nur durch einen Trugschluss zu begründen vermocht hat.

Er geht nämlich von der Voraussetzung aus, dass die qu. Gesetzesworte in den meisten Fällen des nicht beendigten Versuches im subjektiven und im objektiven Sinne verstanden werden könnten, während in den Fällen des beendigten Versuches nur die subjektive Auffassung möglich sei.[68] Die zuletzt erwähnte Behauptung hält er aber nicht aufrecht, vielmehr macht er die Concession, dass auch hier bisweilen ein objektiver Anfang des Verbrechens vorliegen könne.[69]

Abgesehen nun davon, dass es unerfindlich bleibt, wie der Fortschritt der verbrecherischen Thätigkeit, in dem allein nach Häberlin der Unterschied zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch liegen soll,[70] die Wirkung zu äussern vermöchte, dass sich dadurch der Thäter vom Verbrechen entfernt, anstatt sich ihm zu nähern,[71] so würde nach dem Bisherigen, da sowohl in diesem wie in jenem Stadium des Versuches die Legalworte im subjektiven wie objektiven Sinne verstanden werden können, weder für die eine noch andere Alternative etwas abzuleiten sei. Häberlin conkludirt aber unter Ignorirung des Umstandes, dass er soeben noch die Möglichkeit eines objektiven Anfangs beim beendeten

---

[67] Lammasch: Des Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechersversuches stimmt in Note 14a S. 40 der Ansicht Zachariae's bei, dass der Anfang des Verbrechens gemeint sei, im Text weicht er aber davon ab.

[68] S. 257 und 258.

[69] S. 260. Freilich nimmt dabei Häberlin einen angefangenen Tod an.

[70] S. 269.

[71] cf. S. 258.

Versuch anerkannt und beim unbeendigten nur von der Mehrzahl der Fälle gesprochen hat, wie folgt:

„*Wenn somit nachgewiesen ist, dass es nach der Natur der Dinge unmöglich ist, bei dem beendigten, aber erfolglosen Versuche die Worte: Anfang der Ausführung im objektiven Sinne zu verstehen, dass sie bei demselben nur und allein im subjektiven aufgefasst werden können, dass dagegen bei dem nicht beendigten Versuch und den in dieser Beziehung gleichstehenden Fällen des beendigten Versuches*[72] *beide Auslegungen möglich sind, wenn ferner feststeht, was keines Beweises bedarf, da an der Richtigkeit des Satzes kein Zweifel besteht, dass zwischen dem beendigten und nicht beendigten Versuch ein begrifflicher oder qualitativer Unterschied nicht besteht, sondern nur ein quantitativer, dass es also nur Einen Begriff der Versuches giebt, der nur je nach dem Fortschritt der verbrecherischen Thätigkeit in nicht beendigten und beendigten Versuch zerfällt, so folgt mit logischer Nothwendigkeit, dass auch bei dem nicht beendigten Versuch jene Worte nur im subjektiven Sinne aufgefasst werden können.*[73]

Genau mit demselben Rechte hätte er aber auch, seine für den unbeendigten Versuch aufgestellte Behauptung mit gleicher Freiheit dahin modificirend, dass bei ihm nur von einem objektiven Anfang gesprochen werden dürfe, aus der Einheit des Begriffs herleiten können, dass dasselbe auch für den beendigten Versuch gelten müsse.

Aber selbst, wenn Häberlin strikte die Behauptung aufgestellt hätte, dass in allen Fällen des unbeendigten Versuches die Wahl zwischen der subjektiven und objektiven Auffassung gegeben, in allen Fällen des beendigten Versuches ausschliesslich die subjektive Auffassung geboten sei: so würde sich dadurch die Sachlage nur insofern verändern, als

---

[72] Warum auf dergleichen Fälle des beendigten Versuchs „Alles dasjenige Anwendung finden soll, was über den nicht beendigten Versuch gesagt ist" S. 260, hat H. nicht genügend aufgeklärt.

[73] S. 260.

nicht sowohl die Richtigkeit seines Schlusses als vielmehr die der Prämisse bekämpft werden müsste. Denn die Worte „Anfang der Ausführung" lassen sich nicht promiscue im subjektiven und objektiven Sinne gebrauchen; je nachdem man sie auf den verbrecherischen Entschluss oder auf das beabsichtigte Verbrechen bezieht, kommt man zu verschiedenen Resultaten.[74] Häberlin verkennt mithin den Unterschied, der zwischen „einer Handlung, durch welche ein Verbrechen begangen werden soll", und der verbrecherischen Handlung liegt.[75] Das Beispiel, durch welches er die Identität beider Ausdrucksweisen deutlich machen will, spricht gerade gegen ihn. Denn die Vorspiegelung falscher Thatsachen in gewinnsüchtiger Absicht ist nicht die Handlung, durch die erst ein Betrug ins Leben gerufen werden soll, sondern ein Theil des Thatbestandes selbst. Freilich die verbrecherische Absicht ist damit nicht erreicht, allein Verbrechen und verbrecherischer Zweck sind heterogene Begriffe.[76]

Häberlin will aber auch eine Bestätigung seiner „einfach durch logische Schlussfolgerungen gewonnenen, allein richtigen subjektiven Erklärung der Worte „Anfang der Ausführung" im § 46 des Reichs-Straf-G. ausgedrückt sehen;[77] allein auch hier geht er meines Erachtens von einer haltlosen Voraussetzung aus.

Denn er nimmt an, dass der § 46 nur im subjektiven Sinne verstanden werden könne, und er folgert daraus, dass damit die Möglichkeit, den § 43, der an sich die subjektive und objektive Auffassung zulasse, in einem abweichenden Sinne zu interpretiren, ausgeschlossen werde.

Wären diese Prämissen richtig, so liesse sich gegen die Folgerichtigkeit der Conklusion kaum etwas erinnern. Denn wenn ein die Strafbarkeit aufhebender Umstand die bereits

---

[74] Zachariae: a. a. O. S. 578.

[75] Häberlin: a. a. O. S. 258.

[76] Hälschner: a. a. O. Bd. I. S. 404. Köstlin: System des deutschen Strafrechts § 78 S. 210.

[77] Häberlin: a. a. O. 260 und 261.

begründete Strafbarkeit zur Vorbedingung hat, wenn daher die Versuchsthätigkeit, von der der § 46 spricht, den im § 43 gegebenen Begriffsmerkmalen entsprechen müsste: so würde allerdings die Auslegung des § 46 im subjektiven Sinne die Consequenz nach sich ziehen, auch den § 43 in gleicher Weise zu interpretiren, sofern der letztere in der That der Möglichkeit der doppelten Auslegung nicht entgegenstände. Abgesehen von dieser, von uns bereits widerlegten Bedingung, unter der allein der Schluss zutreffend wäre, hat aber auch Häberlin nicht genügend motivirt, dass der § 46 mit der objektiven Auffassung unvereinbar sei. Er will dies nämlich daraus herleiten, dass darin von einer „beabsichtigten Handlung" die Rede ist, worunter nur eine solche, durch die ein Verbrechen begangen werden sollte, zu verstehen sei, und weiter daraus, dass, wenn hier der Rücktritt von einem bereits begonnenen Verbrechen gemeint sein würde, damit die Zusicherung absoluter Straflosigkeit unvereinbar sei, da in dem Geschehenen bereits eine Rechtsverletzung liegen, und deshalb eine gesetzliche Ahndung unentbehrlich sein würde. Dabei übersieht er aber, dass auch der § 43 der „Absicht" Erwähnung thut, indem er durch die Vollendung des „beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens" den Versuch absorbiren lässt, und dass der § 46 nur den Versuch „als solchen", nicht aber in soweit in dem Geschehenen bereits eine selbständige Rechtsverletzung enthalten ist, von Strafe verschont.[78] Die Absicht kann sich daher in beiden Paragraphen nur auf die Vollendung, nicht auf die Begehung einer Uebelthat beziehen; der, welcher die mit Strafe bedrohte That noch vor sich sieht, bedarf des Privilegs des Rücktrittes nicht, um straffrei auszugehen. Ob dagegen de lege ferenda es sich rechtfertigen lässt, das Geschehene als ungeschehen zu erachten, sofern darin nicht ein anderweitiges Delikt liegt,

---

[78] Rüdorff: a. a. O. Note 3 zu § 46 S. 169. — Oppenhoff: das Straf-G. für das Deutsche Reich Note 7 zu § 46 S. 100. Häberlin erkennt dies übrigens selbst S. 270 ausdrücklich an.

ist eine davon verschiedene Frage, die mit der Auslegung der lex lata auch nicht entfernt im Zusammenhang steht.

Es dürfte sich damit das weitere Eingehen auf die Häberlin'sche Interpretation erledigen. Sie läuft, von allen Irrthümern[79] im Einzelnen abgesehen, darauf hinaus, mit Hülfe der subjektiv-objektiven Theorie, in direktem Widerspruch mit der legislatorischen Tendenz, die Controverse über den untauglichen Versuch als durch das Gesetz entschieden zu bezeichnen.[80]

Demgemäss glaube ich auch gegenüber den zeitherigen Auslegungsversuchen meine dahin gehende Ansicht:

1. Die Worte „Anfang der Ausführung“ sind nicht geeignet, den Versuchsbegriff zu charakterisiren,

2. der deutsche Gesetzgeber hat nicht beabsichtigt, im § 43 den Versuch zu definiren.

aufrecht erhalten zu dürfen. Ich muss es daher für unzulässig und der Rechtslage des Angeklagten und der bürgerlichen Sicherheit gleich gefährlich erklären, wenn die Geschworenen an der Hand der nach § 43 formulirten Fragen über Schuld und Unschuld entscheiden sollen.

---

[79] So sollen z. B. nach S. 261 die Worte Anfang der Ausführung die Vorbereitung vom Versuch scheiden, während sie nur die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung ziehen sollen und den Begriff des Versuchs voraussetzen. — So soll nach S. 262 eine missverständliche Auslegung der CCC. die Controverse über den untauglichen Versuch hervorgerufen haben, während sie in dem von Feuerbach vertheidigten Charakter der objektiven Gefährlichkeit des Versuches ihren Ursprung hat. cf. Lammasch: a. a. O. S. 1—4 — Pfotenhauer: a. a. O. § 2 S. 3 fg. — Zachariae die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 124 S. 235 fg. — Rubo: a. a. O. S. 4—6. — So nimmt er als ausgemacht an, dass alle Fälle des Versuchs, und mithin auch der untaugliche Versuch unter die Definition des § 43 fallen, während eine Prüfung der vorgeschriebenen Merkmale ergiebt, dass dieser darunter nicht zu subsumiren ist. — So lehrt er weiter, dass der Versuch in allen im § 46 nicht vorgesehenen Fällen strafbar sei — cf. S. 266 — während das Gesetz sich doch hier nur darüber ausspricht, unter welchen Umständen er straflos, nicht aber, unter welchen er strafbar sein soll.

[80] S. 261 fg.

§ 3.

Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen.

Aber vielleicht sind die Worte „Anfang der Ausführung" wenigstens geeignet, die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung, zwischen strafbarem und straflosem Versuch zu markiren. Ist dies doch der unbestrittene Zweck, der damit vom Code Napoléon und allen den Gesetzbüchern, die ihm hierin gefolgt sind, erstrebt wird, und wir haben bereits gezeigt, dass auch das deutsche Strafgesetz noch auf diesem Standpunkt steht, mag auch immerhin die Wortfassung des § 43 zu grösseren Hoffnungen Veranlassung bieten.

Um daher in der Interpretation desselben fortfahren zu können, haben wir uns in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung hierüber an die Wissenschaft mit der Frage zu wenden: Was haben wir unter Vorbereitungs-, was unter Ausführungshandlungen zu verstehen? Die Antwort hierauf ist verschieden ausgefallen, ich halte jedoch trotz der Mannigfaltigkeit der Auswahl alle von der Doktrin nach dieser Richtung hin gemachten Bemühungen für gleichmässig gescheitert. Wir wollen uns dabei auf die Darstellung der Lehre von Chop, Otto, Berner, Mittermaier und Zachariae beschränken, da sie auch von der anderweitigen Litteratur in Deutschland nicht übertroffen erscheint.[1]

Was zunächst Chop anlangt, welcher der hier interessirenden Frage eine besondere Brochüre gewidmet hat,[2] so macht sich bei ihm von vornherein die Verwechslung zwischen Begriff und Strafbarkeit des Versuchs geltend.[3] Dieser Umstand hat aber nach zwei Richtungen hin auf seine Darstellung unvortheilhaft eingewirkt. Einmal hat er sich

---

[1] Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen S. 75 und 76. Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 299—302.

[2] Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens. Leipzig 1861.

[3] a. a. O. S. 4—7.

dadurch des Verständnisses für die Theorien beraubt, deren Verdienst gerade in der Herstellung der Congruenz zwischen Begriff und Strafbarkeit besteht, und die darum naturgemäss den Gegensatz zwischen Vorbereitung und Ausführung als unstatthaft zurückweisen. Deshalb macht er den Männern der Wissenschaft, die sich dieser meiner Meinung nach überaus mühevollen Aufgabe unterzogen haben, den ganz unmotivirten Vorwurf, dass sie es an einer Definition der Vorbereitungshandlungen haben fehlen lassen, und dass sie sich allzuleichten Herzens über die Schwierigkeit, zwischen ihnen und den Ausführungshandlungen eine Grenze zu ziehen, hinweggesetzt hätten.[4]

Sodann glaubt er sich einer Erklärung des Versuchsbegriffes „bei der Einfachheit und Klarheit seines sprachlichen Ausdruckes" enthalten zu dürfen. Er fährt jedoch bald darauf fort, dass sich für den Anfangspunkt des Versuches kein eigenthümliches Merkmal aufstellen lasse, dass er vielmehr mit dem des Begriffes selbst zusammenfalle, und kommt deshalb sehr schnell zu der Erkenntniss, dass er die Aufgabe, die er sich gestellt hat, Vorbereitung und Ausführung (welche letztere er mit Versuch für gleichbedeutend erachtet[5]), nicht ohne die Begriffsentwickelung des letzteren zu lösen vermöge.[6] Anstatt jedoch dies zu thun, wirft er nunmehr die Frage „nach dem wahren und letzten inneren Grund der Strafbarkeit des Versuchs" auf, und mengt dadurch von Neuem Begriff und Strafbarkeit durcheinander. Denn nach ihm soll die Strafbarkeit dadurch geboten sein, dass die Versuchshandlung objektive Merkmale einer verbrecherischen Handlung und zwar des beabsichtigten speciellen Verbrechens an sich trägt und eine Verletzung der Rechtsordnung verursacht.[7] Abgesehen davon, dass Chop sich in ein vorsichtiges Schweigen darüber hüllt, welche Merkmale von ihm gemeint seien, abgesehen weiter davon,

---

[4] cf. insbesondere seine Polemik cf. Hälschner: a. a. O. § 3. S. 21.
[5] a. a. O. S. 7.
[6] a. a. O. S. 52.
[7] a. a. O. S. 52.

dass es ihm schwer fallen sollte, den Nachweis zu führen, mit welchem objektiven Merkmal des Mordes der Versuch dieses Verbrechens behaftet sein müsste, würde er, wenn er die beiden von ihm aufgestellten Erfordernisse als Bedingungen der Strafbarkeit, und nicht die eine als ein Merkmal des Versuches, und die andere als den Grund für die Strafbarkeit erachtet haben würde, sich zu der Consequenz gedrängt sehen, dass die Rechtsordnung nicht anders als dadurch verletzt werden könne, dass eine Handlung „Merkmale“ des Verbrechens an sich trägt, auf dessen Verübung sie gerichtet ist. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass damit die staatliche Sicherheit in ihrer Wurzel angegriffen werden würde.[8]

Aber selbst wenn ich von der Verwechslung von Begriff und Strafbarkeit, von Versuch und Ausführung absehe, müsste ich die Theorie von Chop für unhaltbar und in sich widerspruchsvoll bezeichnen.

Die Ausführung soll nämlich nach ihm darin bestehen, dass durch sie der objektive Thatbestand eines Verbrechens hervorgebracht wird.[9] Damit würde bei den Verbrechen, die zu ihrem Begriff einen Erfolg erfordern, die Anwendung seiner Lehre ausgeschlossen sein; man müsste denn annehmen, dass man sich eines Mordes schuldig machen könne, ohne dass der Tod einzutreten brauchte. Dieser Consequenz ist jedoch Chop entgangen, indem er das an die Spitze gestellte Erforderniss der Ausführung theilweise wieder aufgebend, folgende zwei Regeln aufstellt:[10]

„*a) .... Ausführung liegt dann vor, wenn der nächste Zweck der Handlung bereits erreicht ist, und dieser Zweck einen vollendeten in sich abgeschlossenen Bestandtheil des objektiven Thatbestandes des beabsichtigten Verbrechens bildet. Dies ist natürlich nur bei denjenigen*

---

[8] Man denke nur an den Hochverrath. cf. übrigens hiergegen auch Geyer: a. a. O. S. 74 und 75.

[9] Chop: a. a. O. S. 54.

[10] a. a. O. S. 54.

Verbrechen denkbar, in Bezug auf welche verschiedene einzelne Handlungen begangen werden konnten oder mussten, um sie ihrer Vollendung zuzuführen.“

„b) Indessen, wenn auch in der zur Beurtheilung kommenden Handlung noch kein vollendeter Bestandtheil des objektiven Thatbestandes eines speciellen Verbrechens vorliegt, so muss trotzdem eine Ausführungshandlung dann angenommen werden, wenn die fragliche Handlung und zwar unmittelbar durch dieselbe der objektive Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens ganz oder theilweise hervorgebracht werden kann und soll.“

Wie v. Buri annimmt, soll die erste derselben sich nur auf Verbrechen mit zusammengesetztem Thatbestand beziehen.[11] Allein seine Auffassung wäre nur dann zutreffend, wenn Chop nicht hervorgehoben haben würde, dass der Umstand, ob der Verbrechensbegriff oder der modus procedendi des Thäters eine Mehrheit von Handlungen erfordere, dabei ganz irrelevant sein solle. Freilich hat Chop dieses Missverständniss selbst verschuldet. Denn er erachtet den Versuch nur in den Fällen für möglich, in denen ein Verbrechen, sei es begriffsmässig, sei es nach dem Vorgehen des Thäters eine Mehrheit von Handlungen erfordert. Daraus hätte er allerdings den Schluss ziehen müssen, dass ein Delikt, das seiner Natur nach nur durch eine einfache Handlung consummirbar ist, den Versuchsbegriff zurückweise. Allein dies thut er eben nicht — stat pro ratione voluntas — und er leugnet deshalb die Möglichkeit eines Conates nur bei den Verbrechen, die, wie z. B. die Injurie, „mit einem Schlage“ zur Existenz gebracht werden.[12]

Demgemäss geht meines Erachtens der Sinn beider Regeln dahin, dass Ausführung dann vorliege, wenn die Handlung entweder einen Theil des Thatbestandes eines Verbrechens bildet oder wenigstens dasselbe unmittelbar hervorbringen konnte und sollte.

---

[11] v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Giessen 1862. S. 79.
[12] Chop: a. a. O. S. 2 und 3.

Ich halte aber weder die eine noch die andere Charakteristik der Ausführung für zutreffend. Denn wenn eine Handlung einen Theil des Thatbestandes eines Verbrechens ausmacht, so ist dasselbe, vorausgesetzt, dass die Handlung überhaupt theilbar ist, begonnen, aber nicht versucht, und wir haben bereits wiederholt uns gegen die Identificirung von Versuch und Anfang gewendet, und dabei das Missverständniss beleuchtet, als wenn der dolus daran etwas zu ändern vermöchte.

Wenn sie dagegen, wie Chop erläuternd hinzufügt, so beschaffen sein soll, dass sie, wäre sie nach der Absicht des Thäters beendet worden, den Thatbestand des Verbrechens ganz oder zum Theil hervorgerufen haben würde,[13] so würde dieses Requisit nahezu zur Vernichtung des Versuchsbegriffes führen. Denn es lässt sich meistens nicht voraussehen, was geschehen sein würde, wenn eine Unterbrechung der verbrecherischen Thätigkeit nicht eingetreten sein würde. Auch durch die von Chop angeführten Beispiele wird die Sache nicht klarer. Der Brandstifter, der den in Bereitschaft gehaltenen Zündstoff in Brand setzt und damit sich dem anzuzündenden Gebäude nähert,[14] begeht damit ebenso wenig eine Handlung, aus der unmittelbar der Brand eines Hauses entstehen soll und kann, wie derjenige, der sich mit einem brennenden Lichte in gleicher Absicht an eine Scheune heranschleicht. Nach den erläuternden Bemerkungen von Chop wären beide Fälle strafbar, nach seiner Regel straflos.

Chop scheint übrigens selbst die Unzulänglichkeit seines Grundsatzes herausgefühlt zu haben; denn er macht nunmehr abermals eine nicht unerhebliche Schwenkung. Nach einer Untersuchung, ob bei Untauglichkeit der Mittel oder bei mangelndem Objekt Versuch oder wenigstens strafbarer Versuch vorliege — wobei er die Streitfrage als nach ge-

---

[13] a. a. O. S. 54.
[14] a. a. O. S. 55.

meinem Recht ziemlich entschieden bezeichnet[15] — findet er nämlich, dass zum Begriff des Versuches der dolus gehöre,[16] und dass durch seine zeitherigen Erörterungen der Anfangspunkt der Ausführung noch nicht genügend bestimmt sei.[17] „Denn, so fährt er wörtlich fort, es kann sich z. B. ereignen, dass A den Vorsatz hat, die goldene Uhr des B zu entwenden und dass er sie in die Hand nimmt, um sich vorläufig von ihrem Werthe zu überzeugen und dieselbe dann später bei passender Gelegenheit zu entwenden.“ Dieser Fall führt ihn dazu, weiter für die Ausführung zu erfordern, dass die Absicht des Handelnden auch darauf gerichtet sein muss, schon jetzt, nicht erst in näherer oder fernerer Zukunft das Verbrechen zu verüben. Dabei entgeht ihm aber, dass alle diese Erwägungen nutzlos waren und eben deshalb an dem gewonnenen Resultate nichts zu ändern vermögen. Denn die zweite seiner beiden Regeln, bei deren Aufstellung er mit dem Versuchsbegriff, als ihm bekannt voraussetzend, operirt hat, enthält bereits die Erfordernisse, die er nunmehr verlangt. Eine Handlung, „durch welche der Thatbestand eines Verbrechens hervorgebracht werden soll“ kann ihrer Natur nach nicht culpos begangen werden, und eine Handlung, die „unmittelbar“ hierauf gerichtet ist, schliesst damit von selbst die nähere und entferntere Zukunft aus. Aber so vergeblich will Chop nicht gearbeitet haben; er stellt vielmehr, freilich unmotivirt, für den Versuch nunmehr das Erforderniss auf, dass er mit einem Verbrechen im derartigen Zusammenhang stehe, dass der dolus ex re, die verbrecherische Absicht, sich aus der Sachlage nachweisen lasse.[18] Damit giebt er aber seine Theorie preis und bekennt sich nunmehr zu der von Luden,[19] auf die einzugehen, hier noch nicht der Platz ist.

---

15 § 7 S. 56 fg.

16 S. 65.

17 S. 67.

18 S. 68 69.

19 Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. Bd. I, S. bes. S. 267 fg., 279 fg., S. 459 fg.

Weshalb sich übrigens Chop die Mühe gegeben hat, auch noch die Vorbereitungshandlungen zu charakterisiren,[20] wenn er von der Ueberzeugung durchdrungen war, dass ihre Beendigung nicht mit dem Beginn der Ausführung zusammenfällt, und dass nur diese strafrechtliche Relevanz habe,[21] ist mir unverständlich geblieben. Jedenfalls herrscht in der Litteratur über die Unzulänglichkeit seiner Theorie keine Meinungsverschiedenheit.[22]

Otto[23] hat sich nicht damit begnügt, die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung zu ziehen, sondern er hat sich überdies bemüht, den Nachweis zu führen, dass zwischen beiden kraft absoluter Nothwendigkeit unterschieden werden müsse. Wäre diese Ansicht richtig, so würde sie die glänzendste Rechtfertigung des vom Code Napoléon befolgten Systems enthalten, und vergeblich würde menschliche Kraft hiergegen anzukämpfen versuchen. Allein Otto ist uns den Beweis für seine Behauptung schuldig geblieben. Denn so unbestreitbar es auch ist, dass der Wille zu seiner Realisirung einer Vermittelung bedarf,[24] so folgt doch daraus nicht der von ihm daran geknüpfte Schluss, dass diese Vermittelung in Folge eines „Naturgesetzes“, das er mit dem Namen eines „Möglichkeitsgesetzes“ belegt, in zwei „entschieden getrennte Theile“ zerfallen müsse.[25] Seine Deduktionen sind am allerwenigsten geeignet, zu solchem Resultate zu führen. Er geht nämlich von der Ansicht aus, dass der Wille nur dann zur That werden könne, wenn eine Constellation von Bedingungen vorhanden sei, die deren Eintritt zuliessen. Diese Constellation nennt er das „Möglichsein“. Im unmittelbaren Anschluss daran fährt er fort:

---

[20] Chop: a. a. O. § 9 S. 77 fg.

[21] a a. O. S. 81 und Anmerkung 18. S. 44. 45 in Verbindung mit S. 7. 52, S. 93.

[22] Geyer: a. a. O. 74. 75. v. Buri: a. a. O. S. 79—82. van Swinderen: Beschouwingen over het Leerstuk der Poging Tot Misdrjf Arnhem 1870 (Jo. An. Nijhoff & Zoon) S. 47—50.

[23] Otto: Vom Versuch der Verbrechen. Leipzig 1854.

[24] a. a. O. S. 2.

[25] a. a. O. S. 2 in fine.

„*In diesem Sinne ist das Möglichsein ein Resultat vorausgegangener mit und ohne Berechnung in Verbindung gebrachter Umstände. Wer dergleichen Umstände absichtlich in eine im Voraus berechnete Verbindung bringt, um dadurch den Erfolg zu erzielen, von dem sagt man, dass er einen Erfolg ermögliche.*"[26]

Dass ihm dabei das Naturgesetz, von dem er noch soeben gesprochen hat, unter der Hand verschwindet, wird kaum bestritten werden können. Denn wenn der Mensch durch die Natur in der That so veranlagt wäre, dass er seinen Willen nicht anders als durch zwei von einander zu scheidende Theile seiner Thätigkeit vermitteln könnte, so würde der Umstand, ob er mit Berechnung handelt oder nicht, begreiflicher Weise hieran nichts zu ändern vermögen. Wären dagegen diese beiden Abschnitte nur dann anzuerkennen, wenn der Handelnde eine Kette von Bedingungen, die zum Erfolg hinstreben, schafft, so würde wieder das Unterscheidungsmerkmal von dem beliebigen modus procedendi abhängen, und die vermeintliche Nothwendigkeit hätte sich damit in Willkür verwandelt. Otto nimmt aber das, was er beweisen sollte, für bewiesen an und fährt daher fort:

„*Jede Vermittelung bedingt also (!) nicht blos ein direktes, ein auf die Darstellung des Beabsichtigten ohne Weiteres gerichtetes, sondern auch und zwar vorher noch ein indirektes, ein auf die Ermöglichung der Darstellung des Gewollten hinzielendes Streben.*"[27]

Wäre dies richtig, so hätte Otto wenigstens die Folgerung daraus ableiten müssen, dass eine solche direkte und indirekte Vermittelung ausnahmslos bei allen dolosen Delikten zur Objektivirung des Willens erforderlich sei.

In dem Kapitel, in welchem er die Möglichkeit des Versuches bei den einzelnen Delikten abhandelt, erkennt er zwar dies als ganz richtig an, er erklärt jedoch, dass seine

---

[26] a. a. O. S. 3.
[27] a. a. O. S. 3.

Regel auch Ausnahmen zulasse und er ist mit deren Statuirung gar nicht haushälterisch,[28] unbekümmert darum, dass dadurch sein an die Spitze gestelltes Princip einen sehr bedenklichen Stoss erleidet. Warum aber weiter bei der culpa, die doch auch der Vermittelung bedarf, um zur That zu werden, die Unterscheidung der beiden Stadien, die doch gerade das Wesen der Vermittelung ausmachen sollen, ausgeschlossen werden müsse, klärt Otto ebenso wenig auf. Ueber diesen Stein des Anstosses gelangt er mit der Bemerkung hinweg, dass hier — eben eine Ausnahme vorliege.[29]

Wenn Otto nun die Thätigkeit, welche die Darstellung eines Verbrechens ermöglicht, Vorbereitung, die dagegen, durch welche das Verbrechen selbst dargestellt wird, Ausführung nennt, wenn er weiter die eine wie die andere unter den Begriff des Versuches subsumirt und demgemäss jene mit entferntem, diese mit nahem Versuch bezeichnet:[30] so geht schon aus dem Gesagten zur Genüge hervor, dass wir durch ihn nicht zur Klarheit gelangen können. Denn einmal haben wir nach seiner eigenen Ansicht ganze Gruppen von Verbrechen, bei denen durch die von ihm statuirten Ausnahmen die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Ausführung unanwendbar ist,[31] und sodann erscheint es uns bedenklich, einer Lehre zu folgen, von der wir bereits Zweifel angeregt haben, ob sie dem Requisit der Absicht, ohne welches der Versuch undenkbar erscheint, genügend Rechnung getragen.

Um der Vorsicht willen und um den Anschein zu ver-

---

[28] a. a. O. Cap. VIII S. 35 fg.

[29] a. a. O. S. 13 und S. 36. Wenn Otto an der letzteren Stelle noch erwähnt, dass die culposen Vergehen durch den Erfolg zu „Vergehen gestempelt werden", so entgeht ihm, von allen übrigen darin enthaltenen Irrthümern abgesehen, dass die Strafe nach seiner eigenen vorher entwickelten Ansicht auf die Willensvermittelung an sich keinen Einfluss auszuüben vermag cf. S. 15.

[30] S. 3. 5 und Cap. II, S. 6—10. Cap. III, S. 11 und 12.

[31] S. 36—41.

meiden, als wenn wir mit unserem Urtheil allzuleicht absprechend wären, wollen wir jedoch den uns gegebenen Ariadnefaden noch nicht von der Hand weisen. Billig aber fragen wir zunächst, wie sich wohl die den Versuch ausmachende Thätigkeit, da darunter nach Otto auch die Darstellung des Verbrechens fällt,[32] von der unterscheidet, durch welche dieses selbst zur Consummation gebracht wird? Otto antwortet darauf:

„*Der Versuch, als ein Abschluss des zielwärts gerichteten, des in der Vermittelung begriffenen Bestrebens noch vor erreichtem Ziel, hat mit der vollendeten Darstellung, welche den Schlussstein des Fortschrittes menschlicher Bestrebungen auf dem Gebiete der Vermittelung bildet, nichts weiter gemein, als dass der Weg der Vollendung bei dem Punkte vorüberführt oder wenigstens vorüberführen könnte, wo das Streben, indem es abbrach oder endete, zum Versuch ward.*“[33]

Allein dies ist so wenig richtig, dass sich für den s. g. fehlgeschlagenen Versuch das strikte Gegentheil behaupten lässt, da der Weg zum Erfolg gerade den Punkt hätte vermeiden müssen, der über das Misslingen des Unternehmens in concreto entschied.

Wenn weiter die Vorbereitung eine Bedingung sein soll, ohne welche die Ausführung undenkbar erscheint, so müsste der nahe Otto'sche Versuch in allen den Fällen fortfallen, in denen nach der Natur des Verbrechens oder nach der

---

[32] Daran soll anscheinend auch die von Otto S. 9 aufgestellte Definition des Versuchsbegriffes nichts ändern; denn wenn er auch hier von der Absicht, ein Verbrechen darzustellen spricht, so ist ihm doch auch die Darstellung des Verbrechens selbst so lange Versuch, bis dasselbe zu seiner totalen Existenz gelangt. (Die Definition lautet:

„*Der Versuch eines Verbrechens ist die sinnlich wahrnehmbare, in der Absicht, dass in ihrem mittel- oder unmittelbaren Gefolge eine bestimmte verbrecherische Thatsache dargestellt werde, geäusserte, noch vor dem Dargestelltsein dieser Thatsache aber beendigte Thätigkeit*“.)

[33] S. 4 i. f. u. S. 5.

Handlungsweise des Thäters die Darstellung des Delikts in seinen Merkmalen einer Vorbereitung nicht bedarf. So leugnet z. B. Mittermaier die Möglichkeit dieses Stadiums bei der Blutschande.[34] Hepp will freilich dies nur dann gelten lassen, wenn die ganze Familie in einem Bette schläft.[35] Diese Meinungsdivergenz kann indess auf sich beruhen, da wohl kaum bezweifelt werden kann, dass die Verbalinjurie, die Unterschlagung, die Sachbeschädigung zu ihrer Verübung eine vorbereitende Thätigkeit nicht unbedingt erfordern; dennoch nimmt Otto hier überall die Möglichkeit eines nahen Versuches an.[36]

Endlich übersieht Otto, dass sein entfernter Versuch denn doch ein sehr naher ist.[37] Der Thäter, der im Bewusstsein, dass Erfolg und Misserfolg sich nicht voraussehen lassen, handelt, würde sich nach ihm noch im Stadium der Vorbereitung befinden, während er sich sogar bereits eines beendigten Versuches schuldig gemacht haben kann. Der Mörder, der sein Geschoss abdrückt, will nichts anderes als den Eintritt des Todes in concreto ermöglichen; ich finde es jedoch nirgends bestritten, dass hierin ein Fall der s. g. Ausführung enthalten ist.

Die Ausführung aber, von der Otto spricht, dürfte sich kaum von der unterscheiden, von der Chop in seiner Regel sub a handelt, so dass wir auch hier wieder begonnenes und versuchtes Verbrechen identificirt finden würden. Otto will sich zwar anscheinend dieser Consequenz entziehen, allein die von ihm erbrachten Gründe rechtfertigen dies meiner Ansicht nach nicht. Er sagt nämlich wörtlich:

„*Der Anfang der Ausführung hat auch in meiner*

---

[34] Mittermaier: Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen. N. Arch. des Criminal-R. Bd. IV S. 19.

[35] Hepp: Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von versuchten Verbrechen. N. Arch. des Criminal-R. pro 1836 S. 232. 233.

[36] a. a. O. S. 40. 41. Die Sachbeschädigung erwähnt er zwar nicht direkt, aber eben deshalb fällt sie unter die Regel, wonach er bei allen Delikten nahen und entfernten Versuch principiell zulässt. cf. S. 35. 36.

[37] Geyer: a. a. O. S. 75.

Theorie vom Versuch einen ganz entschiedenen Werth. Ich bezeichne damit den Punkt, auf welchem die Thätigkeit des Verbrechens aus der Vorbereitung in die Ausführung übergeht, also je nachdem sie diesseits oder jenseits dieses Punktes plötzlich stille steht, zu entferntem oder nahem Versuch wird. Allein aus dieser Beziehung folgt gerade, dass der Anfang des Verbrechens weder einen Gegensatz zur Vorbereitung desselben bilden noch mit dem nahen Versuch zusammenfallen kann.“[38]

Denn danach trennt er seinen entfernten Versuch von seinem nahen durch dieselbe Scheidewand, durch die Chop Vorbereitung von Ausführung sondert. Die gezogene Grenze selbst aber bleibt unverrückt, gleichviel, ob der Thäter sich diesseits oder jenseits derselben befindet. Am allerwenigsten kann dabei die Plötzlichkeit seines Stillstehens in Betracht kommen. Ebenso ist es irrelevant, ob man die Vorbereitung als Gegensatz zur Ausführung bezeichnet, oder in ihr einen besonderen Abschnitt in dem continuirlichen Fortschreiten des Verbrechers nach seinem Ziele hin erblickt. Endlich ist wohl auch von keiner Seite ein Grenzmerkmal mit einer Thätigkeit verwechselt worden, so dass es danoch unerfindlich bleibt, worin Otto in diesem Punkte von Chop abweichen sollte. Insoweit erscheint daher ein weiteres Eingehen auf seine Lehre überflüssig.

Otto giebt aber auch noch ein weiteres Unterscheidungsmerkmal seines nahen Versuches im Gegensatz zu seinem entfernten an. Von der einer Widerlegung nicht bedürfenden Annahme ausgehend, dass jedes Verbrechen zu seiner Existenz eine Einwirkung auf einen bestimmten Gegenstand erheische, folgert er daraus, dass auch dem nahen Versuch dieselbe Eigenthümlichkeit nicht abgehen könne, weil Verbrechen und Versuch in dem Verhältniss von Sein zu Werden ständen.[39] Dass alsdann die specifische Verschiedenheit zwischen beiden nur noch eine zeitliche wäre, dass er damit den fehlge-

[38] a. a. O. S. 25. 26 cf. auch S. 32.

[39] Otto: a. a. O. S. 15 und 16.

schlagenen Versuch vernichtet, dass er damit die Strafbarkeit des Diebstahls in allen den Fällen, in denen ein zur Entwendung geeigneter Gegenstand nicht vorgefunden wird, aufhebt, dass er damit, wie Chop ganz richtig bemerkt,[40] dem nahen Versuch ein dem entfernten nicht eigenthümliches Merkmal giebt und dass er somit nicht mehr beide unter einen einheitlichen Begriff subsumiren kann, entgeht ihm dabei so sehr, dass er fortfährt:

„*Es kann hierin auch entwas Besonderes nicht gefunden werden, die fragliche Einwirkung entspricht vielmehr der innern Natur des menschlichen Handelns in Zeit und Raum vollständig, ist in dem Begriff des „Handelns“ ganz von selbst mitgegeben.*“[41]

Otto scheint übrigens in diese Erörterung nur aus dem Grunde eingetreten zu sein, um einen neuen Versuchsgrad in die Rechtswissenschaft einzuführen. Denn den entfernten Versuch, der nach ihm dadurch charakterisirt wird, dass er noch keine Einwirkung auf den Gegenstand des Verbrechens ausübt, zerlegt er weiter in zwei Abtheilungen, in „den entfernten verbrecherischen Versuch in specie“ und in die „Bedrohung“, je nachdem die verbrecherische Thätigkeit noch nicht auf die Richtung ihres Zieles hinweist oder bereits die Einwirkung auf einen besonderen Gegenstand in wahrscheinliche oder nahe Aussicht stellt.[42] Jenen will er straflos, diese bestraft wissen,[43] obwohl er von beiden vorher behauptet hat, dass in ihnen überhaupt keine Handlung liege.[44]

Ob dabei die „Bedrohung“ geeignet sein soll, das Sicherheitsgefühl des vir constantissimus des römischen Rechts oder das des landrechtlichen Mannes, auf dessen Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit Rücksicht genommen werden muss, zu er-

---

[40] Chop: a. a. O. S. 35.

[41] a. a. O. S. 17.

[42] a. a. O. S. 19.

[43] a. a. O. S. 61.

[44] a. a. O. S. 17, wonach es zum Begriff der Handlung gehören soll, dass sie auf einen Gegenstand einwirkt.

schüttern, lässt er dahin gestellt, da er den Grund zu ihrer Bestrafung lediglich in der Störung der idealen Rechtsordnung findet.[45] Allein mit dieser Störung hat es dieselbe Bewandtniss, wie mit jeder anderen im Leben: Nerven und Stimmung spielen in ihr eine zu grosse Rolle, als dass sich über sie sonderlich diskutiren liesse. Jedenfalls hat die Doktrin, die sich mit Versuchsgraden ausreichend genug dotirt fühlte, die Otto'sche „Drohung" nicht recipirt. Gern versage ich es mir daher, in eine Kritik derselben einzutreten; das thema probandum aber, dass der Unterschied zwischen Ermöglichung und Darstellung des Verbrechens nicht geeignet ist, uns als Wegweiser in unserem Labyrinthe zu dienen, glaube ich nunmehr zur Genüge erörtert zu haben.

Berner zählt in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechtes[46] die Herbeischaffung und Zubereitung der Mittel zu den Vorbereitungs-, zu den Ausführungshandlungen dagegen diejenigen, welche unmittelbar auf die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges abzielen.

Allein weder nach der einen noch nach der anderen Richtung hin erscheint mir die so geschehene Umgrenzung eine genügend bestimmte zu sein, wenngleich ich nicht verkenne, dass es nicht in der Absicht von Berner gelegen hat, das eine Gebiet vom anderen mit mathematischer Genauigkeit zu scheiden.[47]

Denn einerseits lässt uns seine Charakteristik der Vorbereitungshandlungen in allen Fällen im Stich, in welchen,

---

[45] Cap. X, S. 47 fg.

[46] Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (6. Auflage § 102 und 103 S. 172 fg.) — Hinsichtlich der von ihm in seinen Grundsätzen des preuss. Strafrechts entwickelten Ansicht cf. von Buri a. a. O. S. 83, van Swinderen a. a. O. S. 54, vor Allen aber John in der v. Holtzendorff'schen Strafrechtszeitung pro 1872 S. 86 und 87 und im Entwurf mit Motiven S. 214.

[47] Berner: Gutachten über die Frage, ob der beendigte Versuch im Strafgesetzbuch beizubehalten pp. in den Verhandlungen des deutschen Juristentages 1876, S. 111. 112.

sei es der Begriff des in Frage kommenden Verbrechens, sei es die Handlungsweise des Thäters die Anwendung von ausserhalb seiner Person liegenden Mitteln überflüssig macht, und andererseits erweist sich durch die Bedingung der Unmittelbarkeit die Definition der Ausführungshandlungen als zu eng, während sie ohne sie wiederum zu weit sein würde. So wird man beispielsweise wohl in der Handlung desjenigen, der die Bretter einer Brücke aufreisst, damit ein Wanderer, durch Nacht und Dunkelheit getäuscht, in den darunter strömenden Fluss hineinstürze und so ums Leben komme, einen strafbaren Versuch des Mordes erblicken müssen, obwohl aus seiner Thätigkeit nicht unmittelbar der beabsichtigte Erfolg hervorgehen konnte. Wollte man sich aber durch ein solches Beispiel etwa verleiten lassen, von dem Erforderniss der Unmittelbarkeit abzusehen, so würde man den Missstand vergrössern, anstatt ihn zu vermindern. Denn alsdann würde die Zubereitung der Mittel, mit deren Hilfe das Verbrdchen ausgeführt werden soll, den Thatbestand des Versuches desselben bilden.

Berner erkennt deshalb auch die Unzulänglichkeit seiner Regel selbst an. Er lässt nicht blos in einer Anmerkung Ausnahmen von seinem für die Ausführung aufgestellten Principe zu, sondern er erklärt überdies ausdrücklich, dass ein gewisser freier Spielraum des richterlichen Ermessens nach der einen und anderen Richtung hin nicht zu vermeiden sei. Als Grund dafür giebt er an, dass die Natur der Anfänge, die sich dem Auge des Beobachters leicht entzögen, die Schwierigkeit von selbst mit sich brächte, das Ende der Vorbereitung vom Anfang der Ausführung zu trennen, und sodann, dass zwischen beiden eine Reihe von Handlungen denkbar sei, über die sich nicht in abstrakter Allgemeinheit urtheilen lasse, die vielmehr nach der Natur des besonderen Falles bald als Vorbereitung, bald als Ausführung aufzufassen seien.[48]

Allein gerade in den Fällen, die Berner unentschieden

[48] Berner: Lehrbuch S. 175. 176.

lässt, scheint mir der gordische Knoten für die Praxis zu liegen. Aber auch abgesehen hiervon, kann ich den Grund, dass in der Natur der Anfänge die Schwierigkeit zu suchen sei, nicht als durchschlagend anerkennen. Denn alsdann müsste der strafbare Versuch um so klarer hervortreten, je mehr der Verbrecher in seiner Thätigkeit fortschreitet. Man könnte daher allenfalls zweifelhaft sein, ob derjenige, der den ersten Federstrich zum Zweck einer Urkundenfälschung gethan, sich bereits im Stadium der Ausführung befände, aber man könnte nicht in Abrede stellen, dass mit der Herstellung des Schriftstückes bereits eine ganze Strecke des verbrecherischen Weges zurückgelegt und damit der Anfang desto kenntlicher geworden sei. Nichtsdestoweniger liegt hierin noch nicht strafbarer Versuch,[49] und doch ist hier gewissermassen bereits die Hälfte des Verbrechens vollendet. Zu gleichem Resultat führen aber auch die von Berner selbst angeführten Beispiele.[50] Im Erbrechen einer Thür soll danach fast immer Versuch des Diebstahls, nie dagegen der des Mordes liegen. Es leuchtet aber ein, dass der Dieb, der die Hausthür erbricht, um vielleicht die Bodenkammer des vierten Stockwerks auszuräumen, von dem Akt der Apprehension weiter entfernt ist, als der Verbrecher, der bereits mit erhobener Axt vor seinem Opfer steht, von dem der Tödtung.

Wenn es weitere Fälle geben soll, in denen bald die Annahme einer Vorbereitungs-, bald die einer Ausführungshandlung statthaft wäre, so liesse sich dies wohl kaum anders erklären, als dass entweder ein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal fehlt oder dass dasselbe noch nicht genügend klar erfasst ist. Aber selbst wenn man der Mög-

---

[49] Erk. des Bair. Kassationshofes vom 11. Oktober 1873 in Pezold's deutscher Strafrechtspraxis S. 414 Nr. 44. Auf die abweichende Ansicht anderer Gerichtshöfe werde ich später zurückkommen. Aber selbst, wenn man die Frage für zweifelhaft erachten wollte, würde doch so viel erhellen, dass hier die Schwierigkeit nicht in der Natur der Anfänge liegen kann.

[50] a. a. O. S. 176 Note 1.

lichkeit einer so verschiedenen Auffassung das Wort reden wollte, würden die daraus entstehenden Consequenzen zu beunruhigenden Resultaten führen. Es liesse sich dann gegen die Ansicht derer, die schon im Einschleichen in ein fremdes Haus, ohne dass im Uebrigen die Requisite des § 243, Nr. 7 Reichs-Straf-G. vorzuliegen brauchten, einen strafbaren Diebstahlsversuch sehen,[51] kaum etwas erinnern. Aber von selbst drängt sich doch die Frage auf, weshalb die Heimlichkeit dabei urgirt wird, weshalb derjenige, der in gleicher Absicht keck in einen offenen Kaufmannsladen tritt, weshalb derjenige, der den ihn nach seinem Begehr fragenden Portier niedersticht, sich dadurch der Gefahr, wegen versuchten Diebstahls bestraft zu werden, noch nicht aussetzt? Denn dass unser Gesetzbuch Frechheit und Brutalität gegenüber der List und Heimlichkeit so sehr begünstigt habe, dass es jener gewährt, was es dieser versagt, dürfte sich ebensowenig nachweisen lassen wie die Richtigkeit der Lehre, dass die Strafe des schwereren Verbrechens die des leichteren absorbire.

Ich bin deshalb der Meinung, dass wir auch mit Hülfe der Berner'schen Distinktionen nicht aus der Fülle der Verlegenheiten herauskommen, in denen wir uns in dieser Materie unbestritten befinden.

Mittermaier[52] sieht den Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung in zwei Momenten begründet, einmal in der Verschiedenheit der Willensstärke, indem in jenem Stadium der Entschluss meistens ein unsicherer und schwankender, hier dagegen ein fester und bestimmter sei, und sodann in der objektiven Verschiedenheit der in die eine oder andere Kategorie fallenden Handlungen.[53] Van Swinderen referirt daher nicht ganz genau, wenn er sich hierbei auf den Satz beschränkt:

„*Mittermaier heeft beweerd, dat die handelingen, waar-*

---

[51] Oppenhoff: Commentar (2. Ausgabe) S. 421, Note 58 in Verbindung mit Note 15 zu § 43 S. 95.

[52] Mittermaier: Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks „Anfang der Ausführung“ pp. im Gerichtssaal pro 1859 S. 197 fg.

[53] Mittermaier: a. a. O. S. 210—212 und S. 213.

aan een vastbepaald, zeker, op het plegen van een bepaald misdrijf gerigt besluit ter grondslag ligt, handelingen van uitvoering zijn, en eene strafbare poging opleveren; dat daarentegen die handelingen, welke ondernomen zijn, vóórdat in het gemoed van den dader het onwrikbare besluit tot stand gekomen was, slechts beschouwd kunnen worden als straffelooze voorbereidende handelingen."[54]

Denn wenn es auch richtig ist, dass Mittermaier das objektive Unterscheidungsmerkmal nicht angiebt, so stellt er doch zur Charakteristik der einen wie der anderen Klasse von Handlungen gewisse Regeln auf,[55] um dadurch wenigstens dem richterlichen Ermessen eine Direktive für die richtige Entscheidung im einzelnen Falle zu geben.[56] Ob darin nicht ein Zugeständniss, dass die gesuchte Grenze sich nicht objektiv ziehen lasse, gefunden werden kann, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann ich weder den inneren Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung für dargethan noch die gegebenen Regeln für geeignet erachten, das Ziel zu erreichen, dem sie zustreben.

Was zunächst jenen anlangt, so kann man freilich nicht mit v. Buri gegen Mittermaier einwenden, dass auch in dem Vorbereitungsstadium dieselbe Willensintensivität zu Tage treten könne, wie in dem der Ausführung,[57] da Mittermaier selbst dies gar nicht in Abrede stellt.[58] Dagegen trifft das von Chop geltend gemachte Argument zu, dass ein Merkmal, welches für die Unterscheidung nicht wesentlich ist, damit von selbst aufhört, ein Unterscheidungsmerkmal zu sein.[59] Denn wenn das Wesen der Vorbereitung und Ausführung nicht dadurch alterirt wird, dass dort der schwankende Wille bis zum höchsten Maass der verbrecherischen Energie

---

[54] van Swinderen: a. a. O. S. 46.

[55] Mittermaier: a. a. O. S. 215—218 und S. 218—223.

[56] Mittermaier: a. a. O. S. 239.

[57] v. Buri: a. a. O. S. 78.

[58] S. 212 „in einzelnen Fällen kann zwar eine solche Festigkeit vorliegen."

[59] Chop: a. a. O. S. 14.

sich steigert, und umgekehrt hier der momentane Entschluss die Reue in seinem unmittelbaren Gefolge hat; wenn ein Thomas, als er die Herrichtung von Mitteln zur Vernichtung von Schiff und Mannschaft betrieb, sich unbestritten noch in jenem Stadium befand, ein Ladendiener dagegen, den die Gelegenheit zum Diebe macht, mit dem Ausstrecken der Hand nach der offenen Kasse seines Principals wohl ebenso unbestritten bereits in diesem steht: so kann die Behauptung der in der Willensseite liegenden specifischen Differenz nicht länger aufrecht erhalten werden.

Was dagegen die von Mittermaier weiter betonte objektive Verschiedenheit der beiden in Rede stehenden Klassen anbetrifft, so zählt er in zehn Nummern Vorbereitungshandlungen auf.[60] Ob er damit eine erschöpfende Darstellung oder nur eine umfangreiche Exemplifikation hat geben wollen, kann auf sich beruhen. Denn wenn wir diese Fälle genauer prüfen, und dabei die von Mittermaier selbst statuirten Ausnahmen und diejenigen, die wir an der Hand irgend eines positiven Gesetzes noch weiter machen könnten, näher erwägen, so lassen sie sich in den einen Satz zusammenfassen:

> *alle Handlungen, die mit einem Verbrechen im Zusammenhang stehen, aber noch vor ihm liegen, sind Vorbereitungshandlungen, soweit sie nicht den Thatbestand eines delictum sui generis bilden.*

Mittermaier hat ihn nicht blos selbst an einer andern Stelle ausgesprochen, sondern er kehrt auch bei den Schriftstellern, die principiell seinen Standpunkt theilen, wiederholt wieder.[61] So hebt Zachariae hervor, dass die Vorbereitungshandlungen der Zeit nach vor der Ausführung liegen,[62] während Rossi den Gegensatz zwischen „je ne veux pas commencer“ und „je veux cesser“ betont.[63] Prüfen wir

[60] a. a. O. S. 215—218.

[61] Mittermaier: Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen. N. Arch. für Crim.-R. Bd. II S. 605. 608.

[62] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Bd. I S. 208.

[63] Rossi: Traité de droit pénal (Ausgabe von Hélie) Chap. XXVII Bd. II S. 118.

jedoch diesen Satz ein wenig genauer, so können wir ihn zwar nicht mit Köstlin[64] an sich für unerheblich erachten, dagegen scheint er uns mit unserer Materie in keinem erfindlichen Zusammenhang zu stehen. Denn er sagt in Wahrheit nichts anderes, als was wohl in jedem modernen Gesetzbuch geschrieben steht,[65] und darauf hinausläuft: nulla poena sine lege criminali. Handlungen, die vor einem Verbrechen liegen, haben eben nicht die Merkmale an sich, von deren Existenz die Anwendung des Gesetzes bedingt ist. Dass damit für unseren Zweck nichts gewonnen ist, leuchtet von selbst ein. Wir fragen, wie die Handlung beschaffen sein muss, damit sie unter den Begriff des strafbaren Versuches falle, und wir erhalten darauf zur Antwort, dass sie nicht der Eigenschaft entbehren darf, die sie nach legislatorischer Intention haben soll.

Es bleibt somit nur noch übrig, die von Mittermaier für die Ausführung selbst gegebenen Regeln der Erörterung zu unterziehen. Er stellt deren vier auf. Davon beziehen sich die ersten drei auf Specialfälle, in denen der Thäter behufs Verübung der That zu Mitteln im engeren Sinne greift, und die deshalb als eine beschränkte Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehmend, hier unbesprochen bleiben mögen, während der Schwerpunkt in dem sub 4 aufgestellten und dahin formulirten „Grundsatz“:

> „*Da wo zu einem Verbrechen ein gewisses Merkmal gehört, welches die beabsichtigte strafbare Handlung enthält, während das vorhergehende nur in dem sich Versetzen in die Lage besteht, um das Verbrechen ausführen zu können, ist strafbarer Versuch erst vorhanden, wenn jene das verbrecherische Merkmal enthaltende Handlung begonnen wird.*
>
> *Wo aber nach der Natur des beabsichtigten Verbrechens*

---

[64] Köstlin: System des deutschen Strafrechts. S. 234 sub b.

[65] § 2 des Reichs-Str.-G.-B. — Belgisches Str.-G.-B. Art. 2. — Art. 4. Code pénal. — Art. 3 des Codice Pénale vom 20. November 1859 etc.

mehrere der unmittelbar dem Hauptmerkmal dieses Verbrechens vorausgehende, am Ort des Verbrechens und gegen den Gegenstand desselben gerichtete Handlungen gehören, oder wo nach der besonderen Art des Verbrechens höhere Strafbarkeit desselben begründende Mittel angewendet werden, ohne dass die Haupthandlung selbst schon auszuführen begonnen wird, kann nach den besonderen Umständen der Fälle und nach dem Benehmen des Thäters, woraus sich klar ergiebt, dass unmittelbar ein bestimmtes Verbrechen verübt werden soll, schon in der Verübung dieser vorhergehenden Handlung der Anfang der Ausführung des Verbrechens (daher strafbarer Versuch) angenommen werden."[66]

zu finden ist.

Der erste Theil desselben bezieht sich, wie ich, da der Unterschied zwischen „Merkmal" und „Hauptmerkmal" und zwischen „Natur" und „Art" des Verbrechens leicht zu Missverständnissen Veranlassung bieten kann, aus den erläuternden Beispielen entnehme, auf die Delikte, die durch eine einfache Handlung ohne Rücksicht auf den zu Grunde liegenden Zweck des Thäters consummirt werden. Zur Illustration dafür führt Mittermaier den Meineid an.[67]

Der zweite Theil desselben beschäftigt sich in seinem zweiten Absatz mit den durch Anwendung bestimmter Mittel qualificirten Verbrechen. Als Beispiele hierfür werden schwerer Diebstahl und Raub hervorgehoben.[68] Der erste Absatz soll somit alle übrigen Delikte treffen, sowohl diejenigen, welche begriffsmässig eine Mehrheit von Handlungen erfordern, wie die Nothzucht, als auch diejenigen, in denen ein Erfolg zum Thatbestand gehört, wie die Brandstiftung, wie endlich auch diejenigen, die zu ihrer Consummation einen Complex von Handlungen erheischen oder wenigstens zu-

[66] a. a. O. S. 222.
[67] S. 237 und 222.
[68] S. 225—227.

lassen, wie Erpressung, Kindesaussetzung, Fälschung, Beibringung von giftigen Substanzen und die Bigamie.[69]

Demgemäss lehrt Mittermaier, dass bei der einen Kategorie von Verbrechen zum strafbaren Versuch der Beginn der bedrohten Handlung ein unerlässliches Erforderniss ist, während im Uebrigen ein unmittelbarer Causalzusammenhang zwischen der verbrecherischen Thätigkeit und dem Delikt die Annahme eines strafbaren Versuchs, wenn auch nicht begründen muss, so doch begründen kann.

Noch ehe wir in die Kritik der einen wie der andern Regel eintreten, haben wir eine ganze Reihe von Auffälligkeiten zu registriren, die sich von vornherein uns aufdrängen. Denn wenn der Begriff des strafbaren Versuches ein einheitlicher ist und ein solcher sein muss, so ist es zunächst befremdlich, dass er sich bald früher bald später als zur Anwendung geeignet zeigt. Es bleibt weiter unaufgeklärt, weshalb er bald vorliegen muss, bald nur vorliegen kann. Wir werden ferner im Dunkeln darüber gelassen, weshalb überhaupt ein Qualificationsgrund ein Abweichen von der im ersten Theil enthaltenen Regel bedingen und insonderheit darüber, warum nur die Anwendung bestimmter Mittel hierbei eine Rolle spielen soll. Wenn endlich hieraus nur der Schluss gestattet sein soll, dass der Thäter ohne Intervention eines Dritten zur Haupthandlung übergegangen sein würde, wenn aus dem Einbruch nur die Folgerung zulässig wäre, dass die Wegnahme einer beweglichen Sache unmittelbar geschehen sollte, so bliebe unaufgehellt, weshalb eine durch ganz Deutschland verbreitete Praxis hierin einen strafbaren Versuch des schweren Diebstahls und nicht blos den eines einfachen findet. Aber auch der Grundsatz selbst scheint mir in seinem ersten wie in seinem zweiten Theile gleich unhaltbar.

Zwar meint Chop, dass man jenem unbedenklich beitreten könne,[70] ich aber glaube, dass er vielleicht den an-

---

[69] S. 227—237.

[70] Chop a. a. O. S. 15.

fechtbarsten Satz enthält von allen, die Mittermaier je geschrieben. Dass in ihm Anfang und Versuch verwechselt ist, scheint mir über jeden Zweifel erhaben zu sein. Denn wenn danach — was Mittermaier selbst zum Ueberfluss hervorhebt[71] — der strafbare Versuch des Meineides mit der Ableistung des Eides beginnen soll, wenn wir weiter einen wissentlichen und fahrlässigen Meineid kennen, von denen der eine vom andern sich nur dadurch unterscheiden lässt, dass dort das Bewusstsein der Wahrheitswidrigkeit vorhanden ist, hier dagegen fehlt, und wenn endlich culpa und Versuch sich gegenseitig abstossen, so geht daraus hervor, dass das Beginnen durch den dolus zum Versuche wird, und das, was soeben noch als Versuch bezeichnet wurde, sich durch die culpa wieder in Anfang verwandelt.

In seinem zweiten Theile hingegen scheint mir der Grundsatz eine praesumtio doli des Inhalts auszudrücken, dass, wenn die Vermuthung begründet erscheint, der Verbrecher würde ohne Unterbrechung das Delikt verübt haben, seine Bestrafung, wenn auch nicht geboten, so doch wenigstens zulässig sei. Darauf deutet nicht blos der Wortlaut hin, sondern es sprechen auch dafür mehrere der von Mittermaier angeführten Beispiele und einige Aeusserungen der französischen Schriftsteller, auf die wiederholt Bezug genommen ist.

So erkennt Mittermaier an, dass wenn man im Fall des § 144 No. 3 preuss. Straf-G., welcher dem § 176 Nr. 4 des deutschen Gesetzes genau entspricht, einen Anfang des Verbrechens erfordern wollte, man dazu käme die Möglichkeit eines Versuchs zu leugnen, weil mit der Vornahme irgend einer unzüchtigen Handlung das Delikt consummirt sei. Wenn er daher trotzdem auch hier einen strafbaren Versuch statuirt sehen will,[72] so kann er damit nur eine vor dem Verbrechen liegende und so geartete Handlung gemeint haben, dass ihm dadurch die Vermuthung, der Thäter würde zur Verübung des Verbrechens vorgeschritten sein, gerecht-

[71] Mittermaier a. a. O. S. 222.
[72] a. a. O. S. 230.

fertigt erschien. In diesem Sinne wird der strafbare Versuch des in Rede stehenden Delikts auch anderweitig aufgefasst.[73]

Aber vielleicht noch klarer lässt Mittermaier seine Präsumtion bei der Erörterung des Versuchs der Vergiftung im Fall des § 197 preuss. Strafges.-B. durchblicken, der, wie wir später sehen werden, von dem § 229 deutsch. Straf.-G. nicht unwesentlich abweicht. Denn er nimmt hier Versuch an, wenn der Thäter in dem Augenblick ergriffen wird, in welchem er eben Gift in die Speise des Andern mischen will.[74] Hier frägt er nicht mehr mit Nicolini:[75] würde er auch das Gift in die Speise gethan, würde er diese auch vorgesetzt, würde er auch geduldet haben, dass sie genossen werde? — sondern er zieht aus den gegebenen Thatsachen den Schluss, dass das Delikt ohne den Zwischenfall zur Ausführung gediehen sein würde.

Die französischen Schriftsteller dagegen, denen Mittermaier sich in seiner Auffassung des strafbaren Versuches angeschlossen hat,[76] sprechen die praesumtio doli indirekt und direkt aus.

Indirekt geschieht dies von Ortolan,[77] der principiell an dem Wortlaut seines Gesetzes festhält und darum ein commencement d'exécution zum strafbaren Versuch erfordert, jedoch fortfährt:

„*Cependant l'agent peut-être parvenu, dans cette mise*

---

[73] Schwarze: Versuch und Vollendung in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 286.

[74] Mittermaier a. a. O. S. 236.

[75] Nicolini: Del Tentativo (Neapel 1837) wirft von demjenigen, der einen Stein in der Hand hält, im Begriff ihn auf seinen Gegner zu schleudern — S. 36 — die Fragen auf:

Ma egli lancerà effettivamente la pietra? La lancerà per la direzione atta a ferire l'oggetto? La lancerà con forza proporzionata al suo fine?

und Mittermaier tritt ihm darin a. a. O. S. 218 Note 65 bei.

[76] a. a. O. S. 239 Note 39 cf. auch N. Arch. des Crim.-R. Bd. X. S. 548.

[77] Ortolan: Résumé des éléments de droit pénal (Paris 1874) S. 119.

en oeuvre des instruments ou des moyens, à un point tellement rapproché de l'exécution du crime lui-même, qu'il y aurait subtilité à dire, qu'il n'en est encore qu'aux actes préparatoires: comme si ayant fracturé des portes, fracturé un secrétaire, ouvert un tiroir où se trouve la somme, qu'il veut soustraire, il est arrêté avant d'avoir mis la main sur cette somme. C'est pour de tels cas, rares il est vrai, que nous attribuons au juge de la culpabilité un certain pouvoir d'appréciation, suivant la nature des crimes dont il s'agit et celle des instruments ou moyens d'action employés"[78]

Denn wenn nach Ortolans eigener Ansicht der Thäter in diesen Fällen sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet, so kann er nur dadurch zur Verantwortung gezogen werden, dass die Ueberschreitung der Grenze fingirt oder präsumirt wird.

Direkt aber wird die Vermuthung von Chauveau et Hélie dahin ausgedrückt:

„*Jusque-là (i. e. bis zum Beginn der Ausführung) la pensée de l'agent est incertaine, elle peut reculer devant l'exécution; mais si l'exécution est commencée, cette présomtion cède à une autre présomtion, c'est qu'il eût achevée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé.*

C'est sur cette dernière présomtion qu'est assise la peine, car s'il y avait impossibilité pour l'agent de se désister, d'interrompre le crime, ce ne serait plus un simple tentative, mais un crime consommé. La possibilité d'un désistement volontaire est de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne, à moins que l'acte d'exécution accompli ne constitue en lui-même un délit sui generis. Mais si cet agent est surpris par un événement fortuit au milieu de son crime, la loi ne peut connaître quel eût été le mouvement de sa volonté dans l'instant qui a suivi cet événement; peut-être eût-illui-même sus-

---

[78] a. a, O. S. 120, wobei ich freilich hervorhebe, dass mir die ältere Ausgabe, die M. benutzt hat, nicht zur Hand gewesen ist.

pendu l'exécution du crime, peut-être la crainte ou le repentir l'eussent arrêté; mais il est certain, qu'il avait résolu de commettre un crime, il est certain qu'il avait commencé l'exécution: ces deux actes suffisent pour légitimer la peine, l'agent ne peut ce couvrir de la possibilité d'un regret tardif, qui ne s'est point manifesté." [79]

An einer andern Stelle heisst es vielleicht noch präciser: [80]

La peine de la tentative est basée sur la présomtion, que l'agent eût consommé le crime, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé."

Danach ist also strafbarer Versuch anzunehmen, sobald nach der Sachlage vermuthet werden darf, dass ohne das eingetretene Hinderniss das Verbrechen zur Consummation gekommen sein würde.

Mittermaier ist daher hier der französischen Doktrin gefolgt, während wiederum sein Einfluss auf die Rechtsprechung dahin zurückgewirkt hat, dass sich unsere Gerichtshöfe vielfach seiner Präsumtionstheorie angeschlossen haben, zumal dieselbe uns auch anderweitig in unserer Litteratur wiederholt entgegentritt. [81] Damit glaube ich die Begründung meiner bereits früher ausgesprochenen Behauptung, dass in der Zulassung von besonderen Umständen, unter denen der Instanzrichter einen strafbaren Versuch anzunehmen berechtigt sein sollte, Seitens unseres Ober-Tribunals die Vermuthung für die Fortdauer des dolus zur Anerkennung gebracht worden sei, [82] nachgeholt zu haben.

---

[79] Chauveau et Hélie: Théorie du Code Pénal (belgische Ausgabe von Nypels) Bd. I Nr. 563 und 564 S. 165 und 166.

[80] a. a. O. Bd. III S. 22 Nr. 564.

[81] Krug: die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 20. Goltdammer: Materialien Bd. I S. 263. Zirkler: Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs je nach der Verschiedenheit der Verbrechen pp. im Neuen Arch. des Crim.-R. pro 1839 S. 283 fg. Häberlin: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt im Gerichtssaal pro 1864 S. 222. v. Stemann: Beiträge zur Codifikation des Norddeutschen Strafrechts in Goltdammers Arch. pro 1869 S. 318.

[82] cf. oben S. 9.

Der Grundsatz aber, wonach bald ein bestimmtes Merkmal, bald eine Präsumtion über den Anfang des strafbaren Versuchs entscheiden sollte, enthält zwei so heterogene Elemente, dass wir uns nicht wundern dürfen, dass selbst ein Mittermaier sich durch ihn in Widersprüche verwickelt hat.

Denn wenn zunächst die Qualifikation eines Verbrechens durch bestimmte Mittel die Folge haben soll, einen strafbaren Versuch zu begründen, sofern nur der Indicienbeweis stringent genug ist, um die Ueberzeugung herzustellen, dass das Delikt ohne Fügung von zufälligen Umständen zur Ausführung gekommen sein würde, so würde beispielsweise für den strafbaren Versuch des gemeinrechtlichen Giftmordes nicht erforderlich sein, dass von der schädlichen Substanz bereits Gebrauch gemacht sei. Es stünde vielmehr nichts im Wege einen Arzt zu bestrafen, der in der Absicht, seinen Patienten durch Gift aus der Welt zu schaffen, anstatt eines Medikamentes eine ausreichende Dosis von Blausäure verschreibt. Damit würde aber nicht übereinstimmen, dass Mittermaier für den Anfang der Ausführung dieses Verbrechens an einer andern Stelle die Bedingung hinstellt, dass der Thäter so weit vorgeschritten sei, dass er eben im Begriff stehen müsse, das Gift in das bereit gehaltene Getränk des Andern zu mischen.[83]

Wenn weiter derjenige, welcher sich mit den zur Ausführung eines Verbrechens bestimmten Mitteln an die Stelle begiebt, wo er zur That schreiten wollte, sich noch im Stadium der Vorbereitung befinden soll,[84] so hätte M. nach meiner Meinung die Entscheidung eines französischen Gerichtes nicht billigen dürfen, das Jemanden verurtheilt hat, der mit geladenen Pistolen und die Schuldscheine, auf deren Unterschrift es abgesehen war, in der Tasche, die zu nöthigende Person an den Ort geführt hatte, wo das Verbrechen seinen Lauf nehmen sollte.[85] Denn auch hier hatte sich der Ver-

---

[83] a. a. O. S. 218. 219 Nr. 1.
[84] S. 217 Nr. 9 und S. 233 Note 14.
[85] S. 227. Der Fall ist mitgetheilt in Sirey: les Codes annotés (Aus-

urtheilte nur in den Stand gesetzt, zur Realisirung seiner Absicht unmittelbar übergehen zu können; ob er die Person, auf deren Schädigung es gemünzt war, mit auf den Weg nimmt oder ob er sie erst am dritten Ort antrifft, scheint mir eine innere Verschiedenheit der Fälle nicht zu begründen.

Wenn es endlich für die Annahme eines strafbaren Diebstahlsversuches genügen soll, dass der Thäter auch nur an dem Gegenstand betroffen wird, den er eben mit einem Instrument öffnen will,[86] so hätte wohl der gleiche Gesichtspunkt auch für den Diebstahl mittels Einsteigens zur Geltung gebracht werden müssen. Statt dessen wird hier das Erforderniss aufgestellt, dass der Thäter bereits in das Innere des Hauses gedrungen sei.[87]

Mittermaier kann sich überdies mit seiner Präsumtion so wenig befreunden, dass er sie selbst innerhalb der Verbrechenskategorien, für welche er sie aufgestellt hat, wiederholt nicht zur Anwendung bringt und anscheinend von ihr nur dann Gebrauch macht, wenn eine anderweitige Entscheidung seinem Rechtsgefühl Zwang auferlegt haben würde.

So verlangt er für den strafbaren Versuch der Nothzucht unmittelbar auf die Erzwingung des Beischlafes gerichtete Akte der Gewalt,[88] während er beim Raube wieder die Entscheidung eines österreichischen Gerichtshofes billigt, der in einem Falle verurtheilt hatte, in dem es weder zur Anwendung von Gewalt noch zu Drohungen gekommen war.[89]

---

gabe von Gilbert. Paris 1874) Note 19 zu Art. 2 S. 335. Die einschlägige Gesetzesstelle (Art. 400) lautet: Quiconque aura extorqué par force, violence ou contrainte, la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge, sera puni etc.

[86] a. a. O. S. 226 und Note 89.

[87] a. a. O. S. 226 und Note 87 und 88.

[88] a. a. O. S. 229.

[89] a. a. O. S. 227 und Note 94. Die einschlägige Gesetzesstelle lautet (§ 190): Eines Raubes macht sich schuldig, wer einer Person Gewalt anthut, um sich ihrer oder sonst einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen; die Gewalt mag mit thätlicher Beleidigung oder nur mit Drohung geschehen.

So hält er bei der Urkundenfälschung, sofern das Gesetz zu ihrem Thatbestand das Gebrauchmachen von dem Schriftstück erfordert, die Herstellung desselben, bei der Bigamie die Einleitung des kirchlichen oder staatlichen Aufgebotes noch nicht für ausreichend, einen strafbaren Thatbestand zu begründen; bei der Erpressung dagegen begnügt er sich wieder mit einer Sachlage, aus der sich die Reife, Festigkeit und Bestimmtheit des Willens, zur That zu schreiten, klar ergiebt.[90]

Mittermaier ist es aber auch nicht entgangen, dass er zwei mit einander in Widerstreit liegende Grundsätze vertheidigt und bald den einen, bald den andern zur Anwendung gebracht hat, indem er zum Schluss sagt:

„*Als feststehend durch die wissenschaftlichen und praktischen Entwickelungen in allen gebildeten Staaten darf angenommen werden, dass bei der Beurtheilung des Anfangspunktes des Versuches zunächst die Beschaffenheit der Handlung entscheiden muss, insofern sie als Ausdruck des auf ein bestimmtes Verbrechen mit einem bestimmten Plan gerichteten, reifen und festen Entschlusses erscheint, dass aber bei der Beurtheilung des Falles Staatsrichter und Geschworene die Umstände dieses Falles nach dem Benehmen und der Individualität des Thäters zu Rathe ziehen müssen, und daher das richterliche Ermessen, freilich aber von Grundsätzen geleitet, entscheiden muss.*[91]

Verstehe ich ihn recht, so will er damit ausdrücken, dass er zur Annahme eines strafbaren Versuches wo möglich das Beginnen eines Verbrechens erfordert und dass, wenn dies nicht angeht, erst die von ihm aufgestellte Präsumtion entscheiden soll.

Die Identificirung von Anfang und Versuch habe ich aber bereits früher mehrfach zurückgewiesen, in der Verwerflichkeit einer jeden praesumtio doli dagegen stimmt, so weit ich sehe, die neuere Litteratur ausnahmslos überein.

---

[90] a. a. O. S. 222. 223; S. 237; S. 228.

[91] a. a. O. S. 239.

So haben wir also auch durch den Rechtslehrer, der in der uns interessirenden Materie für Deutschland geradezu epochemachend gewesen ist, nicht den gewünschten Aufschluss erlangen können.

Wenden wir uns endlich dem Schriftsteller zu, dem wir unbestritten das Hauptwerk über die Lehre des verbrecherischen Versuches verdanken, Zachariae, so können wir uns mit seiner Widerlegung kurz fassen; die Argumente, die wir gegen Mittermaier vorgebracht haben, treffen auch auf ihn zum grössten Theile zu.

Denn was zunächst die von ihm gegebene Charakteristik der Vorbereitungshandlungen anlangt, so lehrt auch er dem Kern der Sache nach, dass eine vor einem Verbrechen liegende Handlung straflos sein müsse. Er rubricirt dieselben nämlich in vier Klassen, und lehrt von ihnen, dass die darunter fallenden Handlungen grundsätzlich einer Ahndung nicht unterliegen.[91a] Aber er sieht sich genöthigt, davon Ausnahmen zu machen, so weit eben das positive Recht abweicht.[92] Damit verliert aber das aufgestellte Princip selbst seinen Werth, indem es in den Satz übergeht: Vorbereitungshandlungen sind straflos, sofern das Gesetz sie nicht als delicta sui generis bestraft, d. h. mit anderen Worten, sofern sie einer gesetzlich bedrohten That vorangehen.

Was dagegen die Ausführungshandlungen anbetrifft, so stellt für sie Zachariae als „Hauptprincip“ auf:

> *„Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen ist, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetz bedrohten That bezeichnet werden kann, wenn also mit der Gesetzübertretung selbst schon der Anfang gemacht ist.“*[93]

Ich finde darin die bei ihm schon früher betonte Ver-

[91a] Zachariae: die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Bd. I § 106 S. 199—202. Zachariae: Zu Th. 1 Tit. 2 des Straf-G.-B.: „Von dem Versuch der Verbrechen in Goltdammers Arch. Bd. V S. 580.

[92] a. a. O. Bd. I § 114 S. 217 und 218 und resp. S. 581 und 582.

[93] a. a. O. § 106 S. 199 und resp. S. 579.

wechslung von Anfang und Versuch wieder:[94] der Versuch ist eben kein Bestandtheil der Vollendung.

Dagegen weicht Zachariae von Mittermaier insofern ab, als er für die zusammengesetzten Verbrechen d. h. diejenigen, deren gesetzlicher Begriff aus mehreren Handlungen besteht, die Lehre vertritt, dass bei ihnen mit dem Beginnen einer dieser Handlungen der strafbare Versuch zur Existenz gebracht werde.[95] An einer anderen Stelle präcisirt er die zusammengesetzten Verbrechen, die er dabei im Auge hat, noch näher dahin, dass es solche seien, welche durch Hinzufügung einer thatsächlichen Qualifikation zum einfachen Verbrechensbegriff gebildet sind und er führt als Beispiel den Diebstahl mittels Einsteigens oder Einbrechens an.[96] Danach soll also — und Zachariae zieht selbst diesen Schluss[97] — Ausführung dann anzunehmen sein, wenn die dem einfachen Verbrechen vorausgehende, es qualificirende Handlung, begangen wird. Zachariae lehrt also nicht, wie John annimmt, dass schlechthin mit Verübung derjenigen Handlung, welche den Qualifikationsgrund ausmacht, der strafbare Versuch beginne,[98] sondern er schränkt seine Theorie auf die Delikte ein, in denen die Handlung dem einfachen Verbrechen vorangehen muss, wenn dasselbe dadurch qualificirt werden soll. Dadurch entfallen zwar einige der von John gegen ihre Stichhaltigkeit vorgebrachten Gründe, indem alsdann versuchter Raub nicht mehr in der die versuchte Wegnahme einer Sache begleitenden Gewalt bestehen kann, vielmehr die vorherige Anwendung von physischem oder psychologischem Zwang voraussetzt, damit sodann zur Apprehension übergegangen werde. Dagegen bleibt der von ihm erhobene Einwand bestehen, dass Zachariae es unaufgeklärt lässt, weshalb er nur gerade den speciellen

---

94 cf. oben S. 26.

95 a. a. O. S. 202 Note 2.

96 in Goltdammers Arch. Bd. V S. 579 i. f. und S. 580.

97 a. a. O. S. 579.

98 John a. a. O. in der v. Holtzendorff'schen Strafrechtszeitung pro 1872 S. 87.

Qualifikationsgrund hervorhebt und alle übrigen mit Stillschweigen an dieser Stelle übergeht, und dass man zu nicht zu duldenden Consequenzen geführt werden würde, wollte man einen Qualifikationsgrund dazu benutzen, um danach die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung zu ziehen.[99]

Aber nehmen wir einmal an, Zachariae hätte seine Lehre ausreichend begründet, nehmen wir an, dass er sie auf diejenigen zusammengesetzten Delikte bezogen habe, in welchen die eine Handlung zur anderen im Verhältniss von Mittel zu Zweck steht, nehmen wir endlich noch an, er hätte den Nachweis geliefert, dass durch eine solche Combination ein neuer Verbrechensbegriff geschaffen wird — und ich glaube mich kaum zu irren, wenn ich die Vermuthung ausspreche, dass er sich in der That in diesem Ideenkreise bewegt hat — so wäre zwar dadurch die Einheit seines Hauptprincipes hergestellt, aber eben deshalb wären wir dadurch nicht sonderlich gefördert. Denn doloser Anfang wäre damit Versuch ebenso hier wie bei den Verbrechen mit einfachem Thatbestande.

Freilich werde ich grade hier auf Widerspruch stossen; denn ich leugne ja damit die Richtigkeit der wohl bei uns allgemein verbreiteten Ansicht, dass im Einbruch und im Einsteigen der Versuch des schweren Diebstahls, in der Anwendung von Gewalt zum Zweck der Befriedigung des Geschlechtstriebes der der Nothzucht liege. Damit will ich indess keineswegs die Strafbarkeit der einen oder anderen Handlungsweise in Abrede stellen, sondern meine Behauptung beschränkt sich darauf, dass wir es hier, die Construktion als richtig vorausgesetzt, mit Fällen eines begonnenen, nicht aber eines versuchten Verbrechens zu thun haben. Denn wer hier Versuch annimmt, kann nur von der Ansicht geleitet sein, dass die Mittelshandlung als Versuch der Zweckhandlung, also beispielsweise der Einbruch als Versuch der Wegnahme einer Sache aufzufassen sei. Dadurch käme

---

[99] a. a. O. S. 88 und 89.

man aber sehr bald zu den bedenklichsten Schlüssen. Man müsste mit gleichem Recht in dem Ankauf eines Gewehres in der Absicht, damit einen Menschen zu erschiessen, einen versuchten Mord, in dem Darreichen von Geschenken an eine verheirathete Frau, um sie zur Untreue zu verführen, einen versuchten Ehebruch erblicken. Wenn freilich die Theorieen und Gesetzbücher, die zwischen Vorbereitung und Ausführung unterscheiden, in den eben erwähnten Fällen zwar Versuch, wenn auch keinen strafbaren Versuch annehmen, so kann ich darin nur einen Nothbehelf sehen, der uns erkennen lässt, wie weit wir noch entfernt sind, das Charakteristische des Versuchsbegriffes gefunden zu haben; man müsste denn behaupten wollen, dass Strafdrohungen im Stande wären, aus den von uns beispielsweise angeführten Handlungen einen versuchten Mord und einen versuchten Ehebruch zu schaffen. Eben deshalb muss aber auch der Grund, weshalb die Combination von Mittel und Zweck nicht unter den Versuchsbegriff fällt, so lange unaufgeklärt bleiben, als wir nicht über dessen Natur und Wesen ausreichend orientirt sind.

Man würde jedoch Unrecht thun, wollte man glauben, dass es uns blos um ein Wortgefecht zu thun ist, dass es auf einen interessanten Schulstreit hinauslaufe, ob man von einem begonnenen oder versuchten schweren Diebstahl spreche, so lange nur überhaupt gestraft wird. Im Gegentheil bin ich der Meinung, dass Männer wie Berner, Mittermaier und Zachariae zu weit befriedigenderen Resultaten gelangt wären, hätten sie sich von der Distinktion, die ich soeben urgirt habe, genügend leiten lassen; denn in der Identificirung von Versuch und Anfang liegt eine der Quellen, deren Lauf verhindert werden muss, wenn wir in der Versuchslehre zur Klarheit gelangen wollen.

Man würde aber auch dann schon, so bedauerlich auch immer die Incongruenz zwischen Begriff und Strafbarkeit bleibt, aus dem Dilemma, in welchem wir uns befinden, herauskommen, wenn wenigstens die Ansicht derer zutreffend wäre, welche behaupten, dass die Grenze zwischen Vor-

bereitung und Ausführung zwar nicht für alle Verbrechen gemeinsam, so doch sich für jedes Verbrechen einzeln ziehen lasse.[100] Denn der Gesetzgeber brauchte sich dann nur dieser, wenn auch gewiss sehr mühseligen, so doch unvermeidlichen Aufgabe zu unterziehen — und der Zustand der Rechtsunsicherheit, in dem wir schweben, wäre beseitigt. Allein diejenigen, welche die eben erwähnte Ansicht ausgesprochen haben, sind uns die Ausführung des von ihnen angerathenen Experimentes schuldig geblieben, so dass ich nicht prüfen kann, wie es sich im Detail bewährt haben würde.

Zwar hat Osenbrüggen bei einer ganzen Anzahl von Verbrechen speciell angegeben, wann bei ihnen der strafbare Versuch beginnt.[101] Allein er geht dabei von wesentlich verschiedenen Voraussetzungen aus. Denn er nimmt nicht blos eine durchgreifende, für alle Delikte gleichmässige Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung als vorhanden an,[102] er steht weiter nicht blos auf dem Standpunkt von Köstlin,[103] der im Verbrechen die Verletzung eines subjektiven Rechtes sieht,[104] sondern er geht auch noch von einer besonderen Doluslehre aus, die er von dem Bilde eines Schützen, der nach der Scheibe zielt, ableitet,[105] und er indentificirt überdies dabei Ziel und Zweck.[106] In Folge dessen bestimmt er den Vollendungspunkt bei einzelnen Verbrechen in einer von der herrschenden Doktrin mehr oder minder abweichenden Weise,[107]

---

[100] Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (2. Aufl.) § 40 S. 195. 196. Beseler: Commentar S. 141.

[101] Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem Deutschen Strafrecht. Bd. I S. 47 fg.

[102] a. a. O. S. 35.

[103] a. a. O. S. 18.

[104] Köstlin: Neue Revision § 181 S. 676 fg. Köstlin: System § 17 S. 17.

[105] a. a. O. § 5 S. 17.

[106] a. a. O. S. 16.

[107] So ist ihm die Brandstiftung qualificirte Vermögensbeschädigung S. 56, so sieht er in dem Fall des § 244 des preuss. Str.-G.-B. (§ 265 des deut-

und er kommt deshalb auch bei ihnen bezüglich des strafbaren Versuches zu Resultaten, von denen ich nicht weiss, ob sie auch anderweitig gebilligt werden möchten. Deshalb trage ich Bedenken, nach dem von ihm gegebenen Maassstabe die Stichhaltigkeit der hier zur Sprache gebrachten Ansicht zu prüfen. Ich kann daher nur die Gründe, mit denen sie gerechtfertigt werden soll, einer Prüfung unterziehen; danach muss ich sie aber für nicht überzeugend erklären.

Denn sie beruhen auf der Prämisse, dass ein Delikt ausgeführt wird, sobald Jemand die im Gesetz charakterisirte, unter Strafe gestellte Thätigkeit entwickelt. Wäre sie zutreffend, so liesse sich gegen die daran geknüpfte Folgerung, dass der Thatbestand eines jeden Verbrechens darüber Aufschluss gebe, ob Ausführung vorhanden sei oder nicht, nichts erinnern. Allein das versuchte Verbrechen im Gegensatz zu dem begonnenen hat gerade die Eigenthümlichkeit, dass das Delikt, auf das es abgesehen war, auch nicht einmal theilweise zur Existenz gelangt. Die schwerste Verwundung bildet noch nicht einen Bestandtheil des Mordes. Eben deshalb ist aber auch aus den Merkmalen des Verbrechens selbst nichts für die Beschaffenheit der Versuchshandlung abzuleiten. Wenn wir daher bei der Frage, wann strafbarer Versuch vorliege, auf das Gesetz verwiesen werden, so werden wir im Kreise herumdirigirt. Die Gesetzgebung heisst uns, uns hierüber bei der Wissenschaft Raths zu erholen, und die Wissenschaft adressirt uns wieder an die Gesetzgebung. Jene sagt uns, dass Strafe eintrete, wenn nach der Doktrin Ausführung vorhanden sei, und diese eröffnet uns dagegen, dass Ausführung anzunehmen sei, wenn die Versuchsstrafe zur Anwendung kommen muss.

Wäre übrigens die Behauptung begründet, dass der Begriff der Ausführung in dem in Rede stehenden Sinn, als Gegensatz zur Vorbereitung bei jedem Verbrechen ein ver-

---

schen Str.-G.-B.) einen gewöhnlichen Betrug, der durch Vorspiegelung falscher Thatsachen resp. Unterdrückung der Wahrheit begangen werde S. 51.

schiedener sei, so würde sich daraus, da der strafbare Versuch zum Versuch im Allgemeinen sich wie species zum genus verhalten muss, die Lehre ergeben, dass jeder Deliktsbegriff einen eigenen Versuchsbegriff zu seinem Trabanten habe.

Da somit die Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Versuch weder für alle Verbrechen gemeinsam gelingen wollte, noch die Ansicht, dass sie bei den einzelnen Deliktsarten ausführbar sei, billigenswerth erschien, so blieb nur noch als dritte Möglichkeit die Lehre übrig, dass sie in concreto in jedem zur Untersuchung stehenden Falle vorgenommen werden müsse. Sie tritt uns denn auch in der Litteratur vielfach entgegen[108]; eine wissenschaftliche Grundlage hat aber nur v. Bar ihr zu geben sich bemüht[109]; ich kann mich aber auch mit seiner Theorie nicht befreunden. Er argumentirt nämlich wie folgt:

Nur das Vorgestellte könne gewollt sein, die Willensbethätigung selbst dagegen bestehe in einer Veränderung der gegenwärtigen Verhältnisse der Aussenwelt.[110] Dazu sei erforderlich, dass auf dieselbe gemäss den Gesetzen des Naturcausalismus in geeignet scheinender Weise eingewirkt werde.[111] Zu diesem Zweck sei zwar in der Regel ein Complex von Handlungen nöthig, der Mensch sei indess so organisirt, dass er ganze Gruppen gewohnter Thätigkeit mit einer einzigen Willensaktion zusammenfassen könne. Deshalb müsse, wenn auch nur ein einziges Glied dieser complicirten Thätigkeit vorliege, der Effect der ganzen Gruppe als gewollt erachtet werden.[112] Dabei bleibe je-

---

108 Schwarze: über Versuch und Vollendung in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 278. Schütze: Lehrbuch (2. Aufl.) S. 135. Krug: die Lehre von Versuch der Verbrechen S. 21. van Swinderen a. a. O. S. 139. S. 122. 124. 127 fg. u. a. a. O.

109 v. Bar: „Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen" (Hannover 1859) S. 1 fg.

110 a. a. O. S. 1 und 2.

111 a. a. O. S. 3.

112 a. a. O. S. 4.

doch der Mensch nicht stehen, er schaffe vielmehr zur Erreichung seiner Zwecke Combinationen von mehreren Gruppen in der Weise, dass er in deren Gesammteffekt das Ziel seines Strebens erblicke, während er den Effekt der einzelnen Gruppen als Mittel zum Zweck betrachte. Sähe man daher das Verbrechen als den Zweck des Thäters an, so könne die Herstellung der dazu erforderlichen Mittel nur dadurch bewirkt werden, dass der bestehende Zustand der Aussenwelt als Basis benutzt und mithin zwischen ihr und der verbrecherischen Absicht eine continuirliche Verbindung geschaffen werde. Da nun aber mit dem ersten Glied in dieser Kette der Effekt der Gesammtheit der Glieder gewollt sei, so sei es genügend, wenn sie nur in der Vorstellung des Handelnden in der Weise existire, dass mit dem Beginn der ersten Thätigkeit die Wirkung der ganzen Gruppe beabsichtigt sei, ohne dass hierzu ein neuer Entschluss erforderlich wäre.[113] Dies sei der Fall, wenn der Zweck gewollt und die dazu gewollten Mittel bestimmt und deutlich von dem Handelnden in seine Vorstellung aufgenommen seien.[114] Seien dabei alle äusseren Umstände vom Thäter richtig berechnet, so trete Vollendung ein, während jede Divergenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit, mithin der Irrthum, den Versuch zur Folge haben müsse oder doch wenigstens könne.[115]

Da nun aber der Begriff der Verbindung ein relativer sei, so gehe daraus hervor, dass es sich bei der Untersuchung, ob Versuch vorliege oder nicht, um eine Frage thatsächlicher Natur handle. Das Gleiche müsse daher auch für den Anfangspunkt des Versuchs gelten, der somit begonnen sei,

„*wenn eine äussere auf die Vollendung des Verbrechens abzielende Thätigkeit vorliege, welche von dem Handelnden in continuirlichem Zusammenhang von Mittel und*

[113] § 3 S. 5—7.

[114] S. 6 und S. 28.

[115] S. 3. 6. § 6 S. 13 fg.

Zweck, von Ursache und Wirkung mit der Vollendung des Verbrechens gedacht werde.“ [116]

Der Unterschied zwischen Vorbereitung und Versuch oder Ausführung bestehe somit darin, dass dort die continuirliche Verbindung mit der Haupthandlung noch fehle, mithin zu ihrer Herstellung ein neuer Entschluss erforderlich sei, während hier mit der Existenz des Entschlusses auch der Connex zwischen Mittel und Zweck geschaffen erscheine. [117]

Abgesehen davon, dass in der Controverse, ob nur das Vorgestellte gewollt sein könne, das letzte Wort kaum gesprochen sein dürfte, [118] wenngleich man wohl jedenfalls zu weit gehen möchte, eine nicht beabsichtigte Folge als beabsichtigt zuzurechnen, [119] abgesehen weiter davon, ob in der That jedes Verbrechen eine Einwirkung auf die Aussenwelt gemäss den Gesetzen des Naturcausalismus bedingt, und ob nicht vielmehr die Handlung schlechthin wenigstens für das Criminalrecht ausschliesslich als caussa movens in Betracht kommt, abgesehen weiter davon, ob nicht mit der Aufstellung eines Versuchsbegriffs die Unterscheidung zwischen einer strafbaren und straflosen Unterart von selbst entfällt und endlich abgesehen von der an einer andern Stelle zu erörternden Frage, ob wirklich der Irrthum die Charakteristik des Versuches bildet: kann ich vor Allem eine Verbindung zwischen den bestehenden Verhältnissen der Aussenwelt und dem Verbrechen in der Weise, dass jene als Mittel zum Zweck benutzt werden, nicht anerkennen. Denn die Incongruenz zwischen dem gegenwärtigen Zustand und dem, welchen der Thäter erstrebt, ist nur das Motiv seines Handelns, [120] nicht aber der Gegenstand desselben.

---

116 S. 28.

117 S. 37.

118 Binding: die Normen und ihre Uebertretung. Bd. II § 38 S. 105 fg.

119 A. M. Binding: a. a. O. S. 431—434, der den Erfolg schon dann zum dolus angerechnet sehen will, wenn die Ursächlichkeit der That für den eingetretenen speciellen Erfolg nicht ausserhalb der Vorstellung des Thäters gelegen hat.

120 Binding a. a. O. S. 74.

Weit entfernt, in jenem ein Mittel zu seinem Zweck zu sehen, richtet er vielmehr seine Thätigkeit gegen ihn. Eben deshalb knüpft er die in seiner Idee existirende Kette nicht an ihn an, sondern er kehrt ihre Spitze gegen ihn. Nicht um eine Brücke handelt es sich, die er zwischen den bestehenden Verhältnissen und seinem Ziele schlägt, sondern um ein Band zwischen seiner Person und der erstrebten Veränderung. In dem Zusammenhang, den er so zwischen sich und dem Objekte, auf dessen Beseitigung oder Beschädigung er es abgesehen hat, sei es wirklich, sei es vermeintlich construirt, liegt allein das Strafbare seines Thuns, sowohl wenn der Erfolg eintritt als auch wenn er ausbleibt. Jede Verbindung zwischen dem bestehenden Zustand der Aussenwelt und dem Verbrechen würde daher gerade an dem Punkt aufhören, wo ihre rechtliche Relevanz beginnen soll. Soll sie dagegen, wenn auch nur mit einem Gliede einen reellen Bestandtheil des vollendeten Verbrechens bilden, so wäre dies wiederum nur bei einer Identificirung von Versuch und Anfang möglich. v. Bar scheint auch in der That in diesen Fehler verfallen zu sein, da er es als einen unzweifelhaften Fall des Versuches erachtet, wenn die bereits begonnene Thätigkeit eine solche ist, die, weiter fortgesetzt das Verbrechen der Absicht des Handelnden entsprechend vollenden würde.[121] Denn diese Voraussicht kann nur dann Platz greifen, wenn in dem Geschehenen ein aliquoter Theil des zu Bewirkenden liegt.

Sodann scheint mir auch weiter die von v. Bar construirte Verbindung aus heterogenen Elementen zusammengesetzt zu sein. Ursache und Wirkung und Mittel und Zweck sind ihrer Natur nach verschiedene Begriffe. Denn das Verhältniss von Ursache und Wirkung spielt sich in der Aussenwelt ab, ohne dass der Wille des Menschen die Beziehung zwischen beiden zu beseitigen vermöchte, das von Mittel und Zweck dagegen besteht nur, wie v. Bar selbst aner-

---

[121] a. a. O. S. 8 Nr. I.

kennt,[122] in der Idee, und muss daher ebenso wie von ihr geknüpft, auch von ihr lösbar sein.

Wir haben daher zu untersuchen, ob, wenn überhaupt die behauptete Verbindung sich aufrecht erhalten liesse, sie aus jenen oder aus diesen Begriffen zusammengesetzt ist.

Nähme man das Verhältniss von Ursache und Wirkung als vorliegend an, so würde, da der Ursache die Wirkung mit Naturnothwendigkeit folgt, der Unterschied zwischen Versuch und dem vollendeten Verbrechen — ganz abgesehen davon, dass das Anwendungsgebiet des Versuchsbegriffes danach von selbst weit beschränkter wäre, als v. Bar annimmt[123] — nur darin liegen können, dass dort eine vermeintliche, hier dagegen eine wirkliche Ursache gesetzt wird. Alsdann würden aber gerade die bestrittensten Fälle des Versuches zu Normalfällen erhoben werden. Derjenige, der Sympathiemittel anwendet, thut eben nichts anderes, als dass er eine vermeintliche Ursache für den Tod seines Gegners schafft. v. Bar sucht sich dieser Consequenz zwar dadurch zu entziehen, dass er hier zwischen Wollen und Wünschen unterscheidet, und nur dieses, nicht jenes als vorhanden zugiebt.[124] Wenn ich auch einräumen will, dass diese Frage in dem Falle des s. g. Todtbetens sehr discutabel erscheint, so kann ich doch meine Concession nicht darüber hinaus ausdehnen. Derjenige, der Sympathiemittel anwendet, unterscheidet sich von demjenigen, der sich im Mittel vergreift, nur dadurch, dass bei jenem die Vorstellung von dem wahren Zustand fehlt, hier dagegen eine richtige durch eine falsche verdrängt ist. Es liegt somit in dem einen wie in dem anderen Falle gleichmässig ein Irrthum vor.[125] Eben deshalb kann hieraus nur eine einheitliche Folge abgeleitet werden. Entweder muss man annehmen, dass der Irrthum überall die Absicht unberührt lässt oder

122 a. a. O. S. 5.

123 a. a. O. S. 24 S. 32.

124 § 7 S. 16—19.

125 Windscheid: Lehrbuch der Pandekten (2. Aufl.) § 78 S. 184 Note 1.

stets das Wollen in Wünschen verwandelt. Der v. Bar betonten Distinktion kann somit nicht beigetreten werden.[126]

Wenn v. Bar sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf die Gesetzbücher beruft, welche einen Versuch mit abergläubischen Mitteln unbestraft wissen wollen,[127] so scheint mir dieses Argument eher gegen, als für ihn zu sprechen. Denn die Bestimmung wäre überflüssig, wenn ihr der Gedanke zu Grunde läge, dass ein verbrecherischer Wille in solcher Handlungsweise nicht zum Vorschein käme.

Aber auch bei der Verbindung von Mittel und Zweck kommen wir nicht zu besseren Resultaten. Denn zunächst würde anscheinend der Versuchsbegriff bei allen den Verbrechen, deren Thatbestand einen Erfolg verlangt, eine Erweiterung erfahren, von der ich nicht glaube, dass sie der communis opinio entspricht. Die Handlung nämlich, aus der in concreto die Wirkung hervorgehen soll, steht zu dieser nicht im Verhältniss von Mittel zu Zweck, weil mit ihr die Willensvermittelung beendigt und ihr weiterer Verlauf nach den Gesetzen der Natur bestimmt wird. Von demjenigen, der einen Stein nach einer Scheibe wirft, um sie zu zertrümmern, kann deshalb nicht behauptet werden, er nehme eine Handlung zum Zweck des zu bewirkenden Erfolges vor. Der Versuch müsste daher in einem vorhergehenden Akte bestehen, also z. B. im Erheben des Steines, um durch ihn eine Vermögensbeschädigung zu verüben, mithin in einem Akte, der wohl ziemlich übereinstimmend als Vorbereitungshandlung aufgefasst wird. Allein damit hätte sich aber nicht blos der Begriff erweitert, sondern zugleich auch verengt: gerade die Consummationshandlung fiele nicht unter ihn. Ich hätte mich daher correkter dahin ausdrücken müssen, dass die Verbindung von Mittel und Zweck nicht geeignet ist, einen Versuchsbegriff für die s. g. materialen Verbrechen zu bilden, mithin gerade für diejenigen, bei denen seine Anwendbarkeit bisher von keiner Seite bestritten worden ist.

---

[126] v. Bar i a. a. O. S. 77.

[127] a. a. O. S. 18 Note 1.

Aber auch bei den s. g. formalen Verbrechen gestaltet sich die Sache nicht besser. Gesetzt, dass bei ihnen ein Versuch überhaupt denkbar wäre, so könnte derselbe, sofern man ihn nicht mit Anfang identificiren und deshalb zu einem Bestandtheil der That machen will, nur in einem der bedrohten Handlung vorangehenden Akte, der sie vermitteln soll, bestehen. Man würde also mit v. Bar, vorausgesetzt, dass der Diebstahl zu den formalen Verbrechen gehören würde, in dem Betreten eines offenen Ladens in diebischer Absicht eine Ausführungshandlung finden müssen.[128] Da nun aber das Geschehene an sich rechtlich irrelevant ist, so müsste man entweder die darüber hinausgehende Absicht, also die nuda cogitatio bestrafen, oder annehmen, dass die im Geiste geschaffene Verbindung von Mittels- und Zweckhandlung in der Weise unlösbar sei, dass die eine mit Nothwendigkeit zu der andern führt. Die Mittermaier-sche Präsumtion wäre damit zur Fiktion erhoben. Man könnte vielleicht hiergegen einwenden wollen, dass die Voraussetzung, dass das Geschehene an sich bedeutungslos sei, insofern auf einer petitio principii beruhe, als es durch die der That zu Grunde liegende Absicht qualificirt und deshalb von selbst dem Kreise der indifferenten Thaten entzogen sei.[129] Allein dieses Gegenargument kann höchstens dazu führen, eine Handlung wegen der mit ihr verbundenen Absicht zu einem selbständigen Vergehen zu erklären, nicht aber dazu, aus ihr den Versuch zu einer anderen Handlung zu construiren. Man käme sonst zu den bereits früher betonten Consequenzen.[130] Ich glaube aber auch mich hierbei auf das positive Gesetz berufen zu dürfen. Wenn in ihm eine Handlung, in der Absicht, im unmittelbaren Anschluss daran, ein Verbrechen zu begehen, für strafbar erklärt wird, so sieht es nicht darin einen Versuch dieses Verbrechens, sondern es schafft damit ein delictum sui generis. Wird darin, um bei dem formalen Verbrechen stehen zu

[128] a. a. O. S. 32.
[129] Köstlin: System S. 234.
[130] S. oben S. 79.

bleiben, beispielsweise, wie es im Braunschweigischen Gesetzbuch geschieht,[131] das sich Erbieten zum Meineide für strafbar erklärt, so wird eine solche That nicht als versuchter Meineid, sondern als selbständiges Delikt betrachtet. Wäre es anders, so wäre die Bestimmung nicht blos überflüssig, weil der Versuch eines Verbrechens ohnedies schon der gesetzlichen Ahndung unterliegt, sondern der Gesetzgeber würde auch verkennen, dass ein noch nicht bethätigter Willensakt, der Entschluss mag noch so fest erscheinen, der Herrschaft des Individuums noch nicht entzogen und deshalb jeder Zeit der Vernichtung ausgesetzt ist; ambulatoria est enim hominis voluntas.

Was endlich den Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung anlangt, so kann ich nur der Ansicht von Geyer beitreten, wenn er die gezogene Grenze als eine allzuschwankende erachtet.[132]

Denn wenn der Umstand, ob der Handelnde die Zwischenglieder zwischen seiner ersten Thätigkeit und dem erstrebten Erfolge in seiner Vorstellung mit Bestimmtheit erfasst hat, darüber entscheiden soll, ob dieses oder jenes Stadium vorliegt, so käme man zu Resultaten, mit denen auch v. Bar sich nicht einverstanden erklärt.[133] Man würde einen Hochverräther ungestraft lassen müssen, der bereits Veranstaltungen trifft, die unmittelbar den Umsturz der Verfassung seines Landes bezwecken, weil hier die Complikation der Verhältnisse eine zu mannigfaltige ist, als dass sie sich bis in die geringsten Details hinein im Voraus berechnen liessen, während auf der anderen Seite nichts im Wege stände, den Brandstifter zu bestrafen, sobald er sich mit dem Zündstoff versieht, wenn er nur diesen Schritt mit dem letzten, der ihm zu thun noch übrig bleibt, in seinem Geiste in deutliche Relation gebracht hat.

Demgemäss stimme ich im Schlussresultat mit denen überein, die sich zeither gegen die Theorie v. Bar's gewendet

[131] § 136 des Crimin.-G.-B. für das Herzogthum Braunschweig vom 10. Juli 1840.

[132] Geyer a. a. O. S. 73.

[133] a. a. O. § 11 und 12 S. 29—41.

haben, ohne dass ich mich jedoch ihrer Motivirung durchweg anzuschliessen vermöchte.[134]

Alle übrigen Schriftsteller aber, welche an dem Unterschied zwischen strafbarem und straflosem Versuch festhalten, stellen ihre Behauptung, dass derselbe sich nicht in abstracto ermitteln lasse, aber in concreto erfindlich sei, als Axiom hin.[135] Es ist aber nicht abzusehen, wie eine Grenze, die ich mir im concreten Fall zum Bewusstsein bringen kann, sich nicht in abstracto sollte feststellen lassen. Wenn van Swinderen nicht ohne Anklang an eine in der Carolina öfter wiederkehrende Redewendung seinen Dissens damit motiviren will, dass

de eindige mensch onmoglijk alle gevallen, welcke vorkomen kunnen, voorzien kann,[136]

so möchte ich ihm erwidern, dass es sich gar nicht darum handelt, die einzelnen Fälle, die das vielgestaltete Leben zu bieten vermag, auch nur annähernd erschöpfend aufzuzählen, sondern einen Begriff aufzustellen, der ihre Subsumtion darunter und weiter die Zerlegung in einen strafbaren und straflosen Abschnitt zulässt. Wenn weder bei der Anstiftung noch bei der Beihülfe die practica multiplex ein Hinderniss war, die eine wie die andere zu definiren, so wird sie wohl auch ebensowenig beim Versuch den Stein des Anstosses bilden können.

So war also die deutsche Litteratur nicht im Stande, mit Erfolg die Schwierigkeiten zu bewältigen, deren Beseitigung der Gesetzgeber ihr anvertraut hatte, und doch finde ich ihre Leistungen von denen des Auslandes nicht überragt.

Was zunächst Frankreich anlangt, so scheinen mir die neueren Schrifsteller daran zu verzweifeln, eine allgemein giltige Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung zu ziehen.

---

134 Chop a. a. O. S. 24—32. van Swinderen a. a. O. S. 43—46. v. Buri a. a. O. S. 75—76.

135 Schwarze a. a. O. (v. Holtzendorff's Handbuch) Bd. II S. 278. Schütze: Lehrbuch § 43 S. 145. Breidenbach: Commentar Bd. I S. 144 u. a. m.

136 a. a. O. S. 141.

Chauveau und Hélie, welche den principiellen objektiven Unterschied darin sehen, dass jene der Ermöglichung eines verbrecherischen Vorhabens dient, diese dagegen einen Bestandtheil des Verbrechens bildet,[137] mithin einerseits die Ansicht theilen, die wir in der Theorie von Otto bekämpft haben, andererseits ebenfalls Versuch und Anfang als synonym auffassen, fügen in einer Anmerkung hinzu:

La grande difficulté consiste à trouver les limites, qui séparent les préparatifs du commencement d'exécution. Quelques criminalistes ont cherché à tracer ces limites, mais leurs efforts ont été infructueux. C'est qu'il est en réalité, impossible de déterminer par une loi et d'une manière générale les caractères précis auxquels on puisse recōnnaître, dans tous les cas, le véritable commencement d'exécution du délit et en distinguer les actes de ceux qui ne sont que préparatoires. Cette détermination dépend du caractère particulier de chaque espèce de délit. C'est la définition légale de l'espèce à juger, qui doit servir de guide au juge en cette matière. Cette définition doit lui donner les moyens de reconnaître, dans la plupart des cas, les actes qui font partie intégrante du délit, tel qu'il est caractérisé par la loi, et qui conséquemment doivent être considérés comme acte d'exécution. On comprend d'après cela, qu'il est exact de dire que tel ou tel fait, qui ne doit en général être envisagé que comme un acte préparatoire puisse dans, une espèce donnée être considéré comme acte d'exécution; lorsque notamment la loi range ce fait au nombre de ceux qui font partie intégrante du délit.[138]

Wir werden also auch hier wieder von der Wissenschaft auf das Gesetzbuch verwiesen. Ich kann mir aber nicht denken, dass ein Gesetzgeber in unserem Jahrhundert sein Ohr gegen alle Klagen so hartnäckig verschliessen würde, wenn er im Stande wäre, mit seinem Machtworte erfreulichere

---

[137] Chauveau und Hélie: Théorie du Code pénal (Nypel'sche Ausgabe) Bd. I Nr. 561 und 563 S. 164 und 165.

[138] a. a. O. S. 165 Note 2.

Zustände zu schaffen. Aus seinem Schweigen müssen wir vielmehr ersehen, dass wir von ihm die gewünschte Auskunft nicht erlangen können.

An einer anderen Stelle hinwiederum heisst es:

Mais à quels éléments, dans quelles circonstances reconnaître le commencement d'exécution? La loi ne l'a point défini; elle n'a désigné ni les actes préparatoires, ni les actes d'exécution; elle en a abandonné l'appréciation aux lumières des magistrats chargés de prononcer sur la prévention ou l'accusation, et à la conscience des jurés; et cette appréciation est souveraine. La jurisprudence, un moment indécise, est aujourd'hui unanime sur cette première règle de la matière.[139]

In der That ist auch diese Ansicht als die heut in Frankreich herrschende zu bezeichnen.[140] Sie lässt sich kurz dahin charakterisiren, dass sie das Gefühl zur Rechtsquelle erhebt. Hierin kann nichts Ueberraschendes gefunden werden. Denn auf eben diese Quelle hat nicht blos, wenn auch vereinzelt, der Gesetzgeber selbst die Praxis hingewiesen,[141] sondern aus ihr schöpft auch die Theorie, welche immer auf den concreten Fall gesehen wissen will. Es bliebe sonst wohl unaufgeklärt, wie eine Grenze, die in abstracto für Jedermann unkenntlich erscheint, nur allein dem erkennenden Richter in der Stunde der Entscheidung deutlich vor die Augen treten sollte. Wenn wir uns daher in den Dingen, wo es sich um die höchsten Güter der Menschen, um Leben, Ehre und Freiheit handelt, nicht geradezu auf das Sprichwort „Wem Gott ein Amt giebt, dem giebt er auch den Verstand" verlassen wollen, so kann uns das Ringen nach einer grösseren Sicherheit nicht erspart bleiben. Ent-

---

139 a. a. a. Nr. 590 S. 174.

140 Ortolan: Resumé des éléments de droit pénal (Paris 1874) Nr. 423 alin. 1 S. 119. Gilbert: Les Codes annotés par Sirey (Paris 1874) Nr. 4 S. 334. Dalloz: Jurisprudence générale Bd. 42 (Paris 1861) Nr. 55 S. 261.

141 Walther in Pözls krit. Vierteljahrsschrift „der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen" S. 30 und 31.

scheidungen, die weder von bestimmten Grundsätzen der Gesetzgebung noch von solchen der Wissenschaft diktirt werden, müssen auch beim redlichsten Bestreben der Richter mehr oder minder zufällig und willkürlich ausfallen.

In Belgien ist die neuere Doktrin ebenfalls zu der Ansicht gelangt, dass sich ein allgemein giltiger Grundsatz nicht aufstellen lasse und sie beschränkt sich deshalb darauf, dem richterlichen Ermessen einige Rathschläge zu ertheilen.[142] Dabei scheint sie mir jedoch über die Berner'sche Lehre nicht hinausgekommen zu sein. Denn auch sie muss anerkennen, dass zwischen dem Anschaffen der Mittel zur That, worin sie Akte der Vorbereitung sieht, und derjenigen Handlung, mit welcher das Verbrechen als begonnen angesehen werden muss und in der sie, gleichfalls Anfang und Versuch identificirend, den unbedenklichsten Fall der Ausführung erblickt, ein zweifelhaftes Zwischenstadium liegt, das auch ihr zu charakterisiren nicht gelungen ist. Von der Erwägung nämlich ausgehend, dass man hier, wollte man das Wort „Anfang“ urgiren, zu den widersinnigsten Consequenzen gelangen würde, legt sie auf das Wort „Ausführung“ den Nachdruck und erklärt deshalb nunmehr zum strafbaren Versuch diejenige Handlung, durch welche der Verbrecher seinen Entschluss auszuführen beginnt,

> *dès que l'agent commence a exécuter son projet, dès qu'l met en oeuvre les moyens, qu'il a disposé pour son accomplissement.*

Abgesehen von allen Einwendungen, die sich gegen die Ansicht, dass die Ausführung in der Anwendung der Mittel bestehe, erheben liessen, abgesehen weiter davon, dass es dem Geist des französischen Gesetzes und aller Codificationen, die sich von ihm haben leiten lassen, widerspricht, die Ausführung des Entschlusses zum strafbaren Versuch zu erheben,[143] wird nach dieser Theorie eine zweifache Lehre

---

142 Haus: Principes généraux du droit pénal Belge (Gand: 1874) Bd. I § VI S. 316—318.

143 Zachariae: Von dem Versuch der Verbrechen in Goltdammers Archiv Bd. V S. 578.

vertreten: im Beginn des Verbrechens soll der entscheidende Akt liegen und wiederum auch nicht liegen.

In den Niederlanden sind alle Versuche die Worte „Anfang der Ausführung" für die Praxis brauchbar zu machen, derart gescheitert, dass die mehrfach citirte Schrift von van Swinderen von Klagen über die Verwirrung wiederhallt, welche die Ausdrucksweise allenthalben angerichtet hat, so dass er sich deshalb veranlasst sieht, die Bestimmung des art. 2 Code pénal als elende, unrichtige und unbrauchbare Definition zu bezeichnen.[144] Freilich ist ihm dabei entgangen, dass in den Worten commencement d'exécution keine Begriffsbestimmung enthalten ist, dass damit vielmehr nur die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Versuch fixirt werden sollte. Dies geht nicht blos aus unseren zeitherigen Ausführungen hervor, sondern wird auch noch ausdrücklich durch Chauveau und Hélie bezeugt, indem sie bemerken:

> *On doit distinguer dans cette loi (sc. Gesetz vom 22. prairial des Jahres IV) la définition de la tentative et la pénalité; la définition est précise et ne peut que donner une idée nette des actes nécessaires pour constituer une tentative; l'application absolue et générale d'une même peine aux actes qui commencent l'exécution et à l'exécution même du crime peut seul être contestée.*[145]

Der Versuch selbst besteht somit darin, dass der Mensch, qui a conçu une pensée du crime, la manifeste par quelque acte extérieur.[146]

In Italien endlich scheint heut die Ansicht vorherrschend, dass der Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung mit dem zwischen Ermöglichung und Darstellung des Verbrechens zusammenfalle. Direkt wird dies von Pessina ausgesprochen:

> *„L'atto, che l'uomo compie provvedendosi di un'arme, ha un fine prossimo, cioè quello di rendere possibile e*

---

[144] von Swinderen a. a. O. S. 108—126.

[145] Chauveau und Hélie: a. a. O. Bd. I S. 165 Nr. 557.

[146] a. a. O. Nr. 551 S. 160 i. f.

facile la esecuzione di un reato. Ma non è certamente l'atto stesso di questa esecuzione. Il reato preparato è un reato fatto possibile, non reale; ed ogni qual volta si rimane l'attività umana a quegli atti che rendono il reato possibile e non reale, il conatus delinquendi non apparisce per anco. Così il conato distinguesi dalla preparazione come il reale distinguesi dal possibile. Nel conato il maleficio diviene reale, nella preparazione il maleficio rimane possibile";[147]

und ich finde seine Lehre mehrfach anerkannt.[148]

So sind denn alle erdenklichen Anstrengungen der Wissenschaft des In- und Auslandes, Hilfe zu schaffen, ohne Erfolg geblieben. Wenn wir daher mit Chop nicht von vornherein fingiren wollen, dass der Gesetzgeber gegen alle menschlichen Irrthümer gefeit sei,[149] so drängt sich wohl nach den gemachten Wahrnehmungen von selbst die Frage auf, ob nicht vielleicht der Doktrin eine Aufgabe gestellt worden ist, deren Lösung ausserhalb des Bereiches der Möglichkeit liegt. Ich nehme keinen Anstand, sie dahin zu beantworten, dass in der That von ihr nicht mehr und nicht weniger als die Quadratur des Cirkels verlangt worden ist.

Denn zunächst hatte der Gesetzgeber, indem er den Anfang des Verbrechens zum Beginn des strafbaren Versuches erklärte, selbst die Grenze gezogen, von der er von der Wissenschaft begehrte, dass sie dieselbe fixiren sollte. Wenn er daher beispielsweise den Versuch des Meineides im Anfang dieses Verbrechens sieht, gleichviel ob er den Akt der Eidesleistung mit dem Erheben der Schwurfinger oder mit dem Aussprechen des ersten Wortes der Eides-

---

[147] Pessina: Elementi di diritto penale (Neapel 1872) Bd. I S. 231.

[148] Ellero: Opuscoli criminali (Bologna 1874) S. 310 und S. 364. Progetto del Codice Penale del Regno D'Italia (2. Ausgabe 1874) S. 65. Carrara: Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (Lucca 1870) steht dagegen auf dem Standpunkt derer, welche den Richter der Thatfrage im concreten Fall entscheiden lassen, ob eine Vorbereitungs- oder eine Ausführungshandlung vorliegt. (§§ 132—137 S 95—101.)

[149] Chop a. a. O. S. 21.

formel oder der Eidesnorm beginnen lässt, so war für die Untersuchung der Doktrin, wo die Vorbereitung aufhört und die Ausführung beginnt, kein Spielraum mehr gegeben.

Soweit dagegen die Identificirung von Versuch und Anfang sich von selbst verbot, hatte der Gesetzgeber weiter einen bestimmten Begriff als richtig vorausgesetzt und von der Wissenschaft verlangt, dass er von ihr in einen strafbaren und straflosen Abschnitt zerlegt werde. Danach sollte aber, wie wir bereits behauptet haben und im Weiteren noch ausführlicher darthun wollen, jede auf ein Verbrechen gerichtete Thätigkeit von dem Moment an, wo die nuda cogitatio aufhört, bis zu dem, in welchem das Ziel erreicht wird, das Versuchsgebiet umfassen. Die Identificirung von Versuch und Anfang war dadurch unvermeidlich. Denn wenn mit dem Augenblicke, in welchem eine bestimmte, incriminirte Handlung wie z. B. der Meineid beendet ist, der Versuch aufhören und jede davor liegende Thätigkeit darunter fallen soll, so muss auch das Beginnen dieser Thätigkeit zum Versuch gerechnet werden. Ein Begriff aber, der zwei so heterogene Dinge mit einander vermengt, kann unmöglich auf Richtigkeit Anspruch erheben. War somit die Gattung eine Missbildung, so mussten auch die daraus von der Wissenschaft zu construirenden beiden Species einen gleichen Charakter an sich tragen.

Wenn endlich der Gesetzgeber verlangte, dass innerhalb des von ihm gegebenen genus eine straflose und strafbare Unterart hergestellt werde, so hätte sich dies nur unter der Voraussetzung bewerkstelligen lassen, dass zwischen ihnen kein qualitativer Unterschied obwaltet, dass also Vorbereitung und Ausführung nur in einem zeitlichen oder räumlichen Verhältniss zu einander stehen. Mit Recht ist dies aber geleugnet worden.[150] Denn die Entfernung des Thäters von dem vollendeten Delikt ist für die Beurtheilung der Strafbarkeit seiner Handlung irrelevant. Nicht die Uhr oder der Zollstock, sondern der Charakter der That muss hierüber entscheiden.

---

[150] Hälschner: System des preuss. Straf-Rechts Bd. I S. 196.

Man müsste sonst denjenigen bestrafen, der in der Nacht sich erhebt, um einen neben ihm schlafenden Stubenkameraden zu erwürgen, und den straflos lassen, der die Schienen eines Eisenbahnstranges aufreisst, damit erst nach einer Reihe von Stunden ein Zug entgleise; denn jener ist dem vollendeten Verbrechen näher gerückt als dieser, und doch wird wohl allgemein anerkannt, dass dort das s. g. Vorbereitungsstadium noch nicht überschritten, hier dagegen das Ausführungsstadium bereits betreten ist. Ist aber der Unterschied zwischen Vorbereitung und Versuch ein qualitativer, so hatte der Gesetzgeber an die Wissenschaft das Verlangen gerichtet, nicht ihn zu unterstützen, sondern ihn zu bekämpfen. Denn mit dem Augenblicke, in welchem es gelungen wäre, das ersehnte Unterscheidungsmerkmal zu finden, wäre sein Gattungsbegriff vernichtet gewesen. Dem strafbaren Versuch hätte nicht länger ein strafloser gegenüber stehen können, es hätte vielmehr die für die Ausführung gegebene Charakteristik die Vorbereitung mit Nothwendigkeit aus dem genus hinausweisen und damit den strafbaren Versuch zum Versuchsbegriff überhaupt erheben müssen. Damit wäre aber auch zugleich der Gegensatz zwischen Vorbereitung und Ausführung von selbst entschwunden, da nunmehr nur die Alternative übrig geblieben wäre, dass eine Handlung, je nachdem sie das aufgestellte Merkmal hatte oder seiner entbehrte, von dem Begriff betroffen oder von ihm unberührt gelassen werden musste. Indem also der Wissenschaft die Aufgabe anvertraut worden war, den strafbaren und straflosen Versuch abzugrenzen, war von ihr nichts anderes verlangt worden, als dass sie einen neuen Versuchsbegriff schaffen und den des Gesetzgebers zertrümmern sollte.

In der Litteratur ist dies freilich wohl durchweg verkannt worden; insbesondere glaubte man vielfach eine Cäsur zwischen Vorbereitung und Ausführung bewirkt zu haben, während man in Wahrheit ein Unterscheidungsmerkmal aufstellte. Ich möchte dies auch von John behaupten, ohne damit sein Verdienst, das Bedenkliche der Situation und

die Unzulänglichkeit aller bisherigen Distinktionen in treffenden Farben gekennzeichnet zu haben, irgendwie schmälern zu wollen. Denn wenn er erklärt, dass die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch, womit er nur die zwischen Vorbereitung und Ausführung gemeint haben kann, im wissenschaftlichen und praktischen Interesse gefunden werden müsse, nichts desto weniger für den strafbaren Versuch eine bestimmte Beschaffenheit der Handlung verlangt, die der Vorbereitung nicht zukommen soll,[151] so leuchtet ein, dass diese nicht mehr unter den Begriff fallen, nicht mehr eine Unterart des Versuches sein kann. Eben deshalb habe ich geglaubt, John nicht unter die Schriftsteller zählen zu dürfen, die sich auf die Abgrenzung beschränkt, vielmehr ihn zu denen rechnen zu müssen, die eine durchgreifendere Hilfe zu schaffen sich bemüht haben, so dass es sich danach rechtfertigen dürfte, wenn ich an dieser Stelle von der Erörterung seines Verbesserungsvorschlages abstrahire.

Hätte man sich die Frage vorgelegt, weshalb bei einem vollendeten Verbrechen die Untersuchung, in welchem Moment die Vorbereitung in die Ausführung übergeht, nicht weiter interessirt, so hätte man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass der Umstand, dass uns hier die rechtlich relevante That klar ist, die Erforschung der ihr vorangehenden Akte überflüssig macht. Man hätte daraus vermuthlich gefolgert, dass, wenn es gelingt, die Versuchshandlung gleich präcise zu charakterisiren, damit die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Ausführung von selbst entbehrlich werden müsste. Daraus hätte man endlich aller Voraussicht nach den Schluss gezogen, dass der Kernpunkt der Schwierigkeiten nicht in der dunkelen Grenze zwischen dieser und jener Thätigkeit, sondern lediglich darin liegt, dass die Frage: „Worin liegt das Wesen des Versuches?“ noch ihrer Erledigung harrt.

Nichts desto weniger würde man vorschnell urtheilen,

---

[151] John a. a. O. (in der v. Holtzendorff'schen Strafrechtszeitung pro 1872) S. 89—100.

wollte man die zeither zur Sprache gebrachten Leistungen der Litteratur unterschätzen. Meiner Ansicht nach ist vielmehr von ihr Alles geschehen, was die Auslegungskunst nur überhaupt zu prästiren vermag. Denn es sind von ihr nicht blos alle Wege, die zum Ziele hätten führen können, betreten, sondern auch alle Mittel erschöpft worden, die gesetzgeberische Idee für die Praxis brauchbar zu machen. Ich wüsste wenigstens keine mir erfindliche Methode zu nennen, deren Anwendung unterblieben wäre. Innerhalb der verschiedenen von uns beleuchteten Auslegungsversuche aber würde ich mich, so lange der § 43 in unserem Gesetzbuch existirt, im Wesentlichen der Mittermaier'schen Auffassung anschliessen, da sie meines Erachtens der legislatorischen Tendenz am meisten Rechnung trägt. Denn aus ihr leuchtet der Grundgedanke hervor, dass zunächst dem Ausdruck des Gesetzes gemäss mit den Worten „Anfang der Ausführung“ so lange operirt werden muss, als es irgend wie angeht, d. h. so lange man nicht zu Resultaten kommt, die unmöglich in einem Culturstaat als gebilligt gelten können. Insoweit aber eine Abweichung von der Regel geboten ist, soll sie nach Mittermaier in Rücksicht darauf, dass der Gesetzgeber sich den strafbaren Versuch im engsten Anschluss an das ihm entsprechende, vollendete Verbrechen gedacht hat, nur so weit gestattet sein, als gerade der Druck reicht. Deshalb wird man wohl mit ihm eventuell zur Ausführung eine solche Beschaffenheit der Handlung verlangen müssen, welche unmittelbar die Veränderung in der Rechtswelt erzeugen soll, die der Gesetzgeber verhütet sehen will. Darüber hinaus wird sich aber kaum ein Princip feststellen lassen, da im Uebrigen die legislatorische Auffassung über das Wesen des strafbaren Versuches unaufgeklärt geblieben ist. Man wird deshalb nicht umhin können, dem richterlichen Ermessen insoweit freien Spielraum zu gestatten, ohne darum dasselbe auf eine Präsumtion zu verweisen.

Soviel vom Versuch und vom strafbaren Versuch in den Codifikationen. Das bisher gewonnene Resultat dürfte indess vielleicht hier und da noch aus dem Grunde Zweifel

erregen, weil uns die Annahme widerstrebt, dass eine Lehre, die mit dem Gesetz vom 22. prairial des Jahres IV beginnt und somit nahezu ein volles Säkulum existirt, und die immer mehr sich Bahn gebrochen hat, so dass die Franzosen ihr mit Recht nachrühmen, dass sie sich nahezu die ganze cultivirte Welt erobert habe,[152] auf so unsicherer Basis ruhen könne. Wie sollte es denkbar sein, dass sie sich einer so ausgedehnten Autorität erfreut und es zu einem so ehrwürdigen Alter gebracht haben würde, wenn sie in der That durch und durch verwerflich wäre? Hätten sich doch alsdann mit ihr nicht Männer der Wissenschaft und der Praxis in den verschiedensten Ländern, nicht die Gesetzgeber in den meisten Staaten Europas, nicht Regierungen und Parlamente in einem grossen Theil der ganzen Welt befreundet! Es sind dies die Fragen, die ich mir selbst unzählige Male immer und immer von Neuem zur Beantwortung vorgelegt habe, bevor ich den Muth fand, Behauptungen von so weit gehender Tragweite auszusprechen. Ich glaube deshalb das Befremdliche auch dieser Erscheinung nicht unaufgeklärt lassen zu dürfen.

Nach meiner Meinung haben nämlich drei Gründe zusammengewirkt, dass der Irrthum sich befestigen und einen ungewohnten Siegeslauf nehmen konnte.

Denn abgesehen davon, dass das Gesetz vom 22. prairial des Jahres IV eine neue Theorie nicht erfunden, vielmehr nur die der italienischen Praktiker und der Carolina fortentwickelt hat,[153] so dass der Kampf gegen dasselbe den gegen eine weit ältere Lehre bedingt hätte, ist der in ihm liegende Grundsatz der Straflosigkeit der s. g. Vorbereitungshandlungen von unumstösslicher Wahrheit. Damit

---

[152] Dalloz a. a. O. Note 45—51 S. 260. Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. I Note 566 S. 166 und Anmerkung 2 zu Note 586 S. 174.

[153] Mittermaier: im Gerichtssaal pro 1859 S. 198—203 und im N. Arch. des Crim.-R. Bd. X S. 549. Seeger: die Ausbildung der Lehre vom Versuch S. 44. Luden: Abhandlungen Bd. I S 459 fg. Pfotenhauer: der Einfluss des faktischen Irrthums S. 187—191.

ist jedoch keineswegs gesagt, dass der Versuch in zwei Abschnitte, in einen strafbaren und straflosen Theil zerfallen muss, vielmehr käme man zu demselben Resultate, wenn die Handlungen, die man heut zu Tage als Vorbereitung zu bezeichnen pflegt, sich gar nicht unter den Versuchsbegriff subsumiren liessen. Dies ist aber, wie wir bald sehen werden, in der That der Fall, und es war somit die Richtigkeit der Lehre geeignet, die Unrichtigkeit ihrer Basis zu verdunkeln. Denn diejenigen, welche ihrem Rechtsgefühl oder einer bestimmten Strafrechtstheorie folgend, zu dem Schluss gelangen, dass man zu weit gehen würde, wollte man die s. g. Vorbereitungshandlungen principiell bestrafen, werden dadurch allzuleicht verleitet, mit der Wahrheit zugleich den Irrthum in den Kauf zu nehmen. Man adoptirt einen als richtig anerkannten Schluss, und ist deshalb in Gefahr, die Prämisse, die zu ihm geführt hat, ebenfalls zu adoptiren; man billigt einen als wahr empfundenen Satz und übersieht dadurch leicht die Prüfung, ob sich nicht trotzdem hinter ihm ein falscher berge. Daraus erklärt es sich, dass die Doktrin, als sie für die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen eintrat, die Untersuchung unterliess, ob nicht vielleicht nichts desto weniger der zu Grunde liegende Begriff zu bekämpfen, ob nicht die Unterscheidung zwischen einem strafbaren und straflosen Versuch ihn schon an sich zu verdächtigen geeignet, ob nicht dasselbe Resultat von einem anderen und zutreffenderen Gesichtspunkt aus zu erreichen sei.

Sodann musste die französische Doktrin in allen den Fällen für sich einnehmen, in denen der Gesetzgeber die Handlung, die er bestraft sehen wollte, durch Angabe bestimmter Merkmale bezeichnet hatte. Denn damit verbot es sich von selbst, ihre Strafbarkeit vor ihrem Beginnen anzunehmen. Zog man daher auch Verbrechen von anderem Charakter in den Betrachtungskreis, so konnte sich dadurch allenfalls ein Zweifel über ihre Zulänglichkeit, ein Bestreben, sie insoweit zu verbessern oder zu ergänzen, nicht aber die Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit sich einstellen, bis

endlich die Erwägung, dass auch der dolus aus dem Anfang keinen Versuch zu machen im Stande ist, uns lehrt, sie gerade da zu bekämpfen, wo sie sich bisher anscheinend am vortrefflichsten bewährt hatte.

Endlich — und es ist dies wohl der vornehmlichste Grund — war mit den Worten commencement d'exécution eine Verbindung geschaffen worden, die nur zu leicht täuschen konnte. Denn die Ausführung kann ihrer Natur nach nur auf den verbrecherischen Entschluss bezogen werden,[154] so dass danach diejenige Handlung einen strafbaren Versuch bilden musste, durch die ein Delikt zur Existenz gebracht werden sollte, während das Requisit des Anfangs hinwiederum eine solche Handlung erfordert, die bereits einen Bestandtheil des Verbrechens bildet. So war damit das Prokrustesbett geschaffen, in das sich alle Verbrechen hineinzwängen liessen. Man brauchte nur, je nachdem es die Sachlage erforderte, bald das Wort „Anfang“ bald das Wort „Ausführung“ in den Vordergrund zu stellen, und eine anscheinend geringe Verschiebung genügte, um in jedem Falle zu einem Resultate zu gelangen, das billigenswerth erschien.

Aber nicht blos die Gründe, weshalb die französische Doktrin zu bestricken geeignet war, lassen sich nachweisen, sondern wir haben überdies bereits gesehen, wie jeder Schritt auf der betretenen Bahn zu immer grösseren Verwickelungen führte. Hätte man sich darauf beschränkt, die Vorbereitungshandlungen für straflos zu erklären, so wäre, wie wir schon früher angedeutet haben, eine richtige Lehre, wenn auch aus einem unrichtigen Grunde, vertheidigt worden. Indem man ein wenig weiter ging und den Anfang der Ausführung zum Merkmal des strafbaren Versuches machte,

---

[154] Walther: Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen in Pözl's krit. Vierteljahrschrift Bd. V (1863) S. 33.

sind die Erscheinungen zu Tage getreten, mit denen sich der gegenwärtige Paragraph zu beschäftigen hatte. Man hatte sich genöthigt gesehen, in einem mehr oder minder umfassenden Umfange den Instanzrichter zum princeps legibus solutus zu erklären. Wenn ich auch dabei bereitwillig anerkenne, dass die Praxis die ihr anvertraute Macht nicht missbraucht hat, so war es doch bei einem Zustande, in dem sie sich von jeder durchgreifenden Hilfe beraubt sah, auch beim redlichsten Streben unvermeidlich, dass zu Unrecht Freisprechungen und Verurtheilungen erfolgt sind, die wir später zu registriren haben werden. Vor Allem aber ist mir die Wahrnehmung interessant, dass, während in unserer neueren Gesetzgebung vielfach der Gedanke durchblickt, der s. g. richterlichen Willkür Schranken zu setzen, hier ihr ein Spielraum von unermesslicher Tragweite gestattet worden war, zumal wenn man erwägt, dass die Lehre, dass kein doloses Verbrechen den Versuchsbegriff ausschliesse, von namhaften Rechtslehrern vertheidigt worden ist.[155]

Indem das deutsche Gesetz noch einen weiteren Schritt machte und den Anfang der Ausführung zum Versuchsbegriff erhob, sind die Consequenzen entstanden, die wir im vorhergehenden Paragraphen erörtert haben. Werden dieselben folgerichtig von der Praxis gezogen, so würde man nicht einmal den Versuch der Verbrechen bestrafen können, die der Code pénal von 1791 als s. g. crimina enormia allein hierbei berücksichtigt hatte, l'assassinat und l'empoisonnement.[156]

Nach alledem glaube ich, dass der gordische Knoten, den Geyer in den Worten Anfang der Ausführung sieht,[157]

---

[155] Köstlin: Neue Revision S. 442. System S. 253. Andere Rechtslehrer stimmen zwar principiell hiermit überein, lassen jedoch vereinzelte Ausnahmen zu.

[156] Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. I Note 557 S. 163.

[157] Geyer: Erörterungen S. 47 und 52. John a. a. O. S. 84 nennt sie ominös.

zerhauen werden muss, da er nicht lösbar erscheint. Der vielfach citirte Ausspruch von Rossi aber, der gerade hierin eine Schöpfung auf unumstösslicher Grundlage erblickt hat:

„Les difficultés de détail ne peuvent pas faire révoquer en doute un principe“ [158]

wird durch die Sicherheit, die ihn umhüllt, uns nicht länger zu blenden vermögen.

[158] Rossi a. a. O. Bd. II S. 118.

Zweites Kapitel.

Der Versuchsbegriff in der Theorie.

---

§ 4.

Vorbemerkung.

So hat uns also die Gesetzgebung im Stich gelassen, und wir haben uns deshalb an die Wissenschaft zu wenden, damit sie uns Aufschluss über das Wesen des verbrecherischen Versuches gebe. Wollten wir die einzelnen, von ihr aufgestellten Definitionen schon jetzt prüfen, so kämen wir nicht blos in die Gefahr, aus einem vielleicht nicht ganz dem Gedanken adäquaten Ausdruck irrige Folgerungen abzuleiten, sondern wir würden vor Allem die Entwickelung der einzelnen Systeme in der Art auseinanderreissen, dass wir uns hier mit ihren Resultaten und an einer anderen Stelle mit den Gründen, die zu ihnen geführt haben, beschäftigen müssten. Wir glauben daher weit vorsichtiger und zweckentsprechender zu handeln, wenn wir zunächst die Punkte prüfen, über die die Litteratur im Grossen und Ganzen zur Einigkeit gelangt ist, und sodann erst zu den verschiedenen Theorieen, die sie aufgestellt hat, übergehen. Sehen wir nun von den wohl ganz selbstverständlichen Sätzen ab, dass Versuch und Fahrlässigkeit sich gegenseitig abstossen, dass die Bestrafung der nuda cogitatio sich der weltlichen Gerechtigkeit entzieht, so treten uns drei Behauptungen so vielfach in der Litteratur entgegen, dass wir sie als den Ausfluss einer communis opinio ansehen dürfen. Am

häufigsten findet sich der Gedanke ausgesprochen, dass dem Versuch das Uebergreifen des Willensmoments über das Thatmoment eigenthümlich sei; er kehrt fast in allen Theorieen wieder.[1] Gegen seine Richtigkeit ist jedoch in der neuesten Zeit gewichtiger und meiner Ansicht nach wohl motivirter Einspruch erhoben worden.[2] Wir werden darauf bei Gelegenheit der Darstellung des Köstlin'schen Systems zurückkommen, dessen Basis auf der qu. angeblichen Eigenthümlichkeit des Versuches ruht. Hier wollen wir uns daher auf die Bemerkung beschränken, dass man von demjenigen, der nicht im Stande war, durch einen Dolchstich den Tod seines Feindes zu bewirken, nicht gut behaupten kann, er habe weniger gethan, als in seinem Willen gelegen habe. Im Gegentheil entspricht die That vollständig seinem Vorsatze, mag auch immer nicht der Erfolg eingetreten sein, den er sich von ihr versprochen hat. Man wäre vielleicht deshalb geneigt, den Satz, dass beim Versuch mehr gewollt als geschehen sei, dahin zu verbessern, dass bei ihm der Erfolg hinter der Absicht zurückbleibe. Allein zu einer solchen Correktur wären wir nicht berechtigt; denn man würde damit die Behauptung aufstellen, dass der Versuch nur bei den Verbrechen denkbar sei, welche zu ihrer Consummation eine ausserhalb der Handlung des Thäters liegende Wirkung verlangen, aber gerade diese Ansicht wird in der heutigen Litteratur mit Stimmeneinhelligkeit für so irrig gehalten, dass manche Schriftsteller sich nicht einmal der Besorgniss, missverstanden zu werden, hingeben, wenn sie Absicht und Wille, That und Erfolg als Synonyma gebrauchen.[3]

---

[1] Berner: Gutachten über die Frage pp. in den Verhandlungen des deutschen Juristentags pro 1876 S. 135. Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen S. 47. Hälschner: System des preussischen Strafrechts Bd. I S. 171. Seeger: Bemerkungen über den Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuches in Goltdammers Arch. pro 1870 (Bd. XVIII) S. 238. Schwarze: Commentar (3. Auflage) S. 112.

[2] Binding: die Normen und ihre Uebertretungen Bd. II S. 164—167.

[3] Häberlin: Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem

Schon minder grosse Uebereinstimmung herrscht über die zweite Behauptung, die dahin geht, dass der Versuch durch einen faktischen Irrthum charakterisirt werde. Denn selbst diejenigen, welche den Ausgangspunkt mit einander theilen, gerathen schon beim nächsten Schritt untereinander in Streit und spalten sich in verschiedene Lager. Die einen unter ihnen lehren nämlich, dass der Irrthum in einer falschen Berechnung des Causalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg bestehe,[4] während die anderen erklären, dass er auf irgend einem beliebigen, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Voraussetzung des Thäters beruhe.[5] Eine dritte Meinung überweist dem s. g. tauglichen Versuch eine andere Art des Irrthums als dem untauglichen; dort irre der Handelnde „in Bezug auf ein unabhängig von seinem Willen Geschehenes oder Geschehendes, hier in Bezug auf seine eigene Thätigkeit und deren Causalität ergänzende Natur.“[6] Eine vierte Ansicht endlich verkennt zwar nicht, dass der Erfolg auch durch einen Zufall vereitelt werden könne, hält dies aber für unerheblich, weil der Irrthum in Thatsachen nur eine Art des Casus sei.[7]

Andere Rechtslehrer erachten wiederum den Irrthum nur für eine Eigenthümlichkeit des untauglichen Versuches; aber auch unter ihnen herrscht keine Uebereinstimmung. Während Geyer hieraus Veranlassung schöpft, auf ihn die Grundsätze über den Normalversuch nicht zur Anwendung

---

Reichsstrafgesetzbuch im Gerichtssaal pro 1872 (24. Jahrgang) S. 164 und 165 und a. a. O. Schwarze: Versuch und Vollendung in von Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 270. 271 in Verbindung mit S. 276. 277.

[4] Hälschner a. a. O. S. 186. Walther: Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen in der Pözl'schen krit. Vierteljahrsschrift Bd. V (1863) S. 36.

[5] Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums etc. S. 4. 5.

[6] Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuches S. 28.

[7] Häberlin: Ueber den Irrthum im Strafrecht (Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865) S. 31.

zu bringen,[8] sieht sich Köstlin dadurch nicht behindert, die absolute Strafbarkeit beider Kategorieen zu vertheidigen.[9] Krug wiederum geht zwar von der gleichen Anschauung aus, ist indess der Meinung, dass der Irrthum nicht immer statt eines vollendeten Deliktes einen Versuch zur Entstehung bringe[10] und übersieht dabei, dass er der Species ein Merkmal zuschreibt, von dem er zugiebt, dass es für den Begriff, dem sie angehört, nicht erforderlich sei.

Aber noch weit weniger ist die dritte Behauptung geeignet, uns auf einen Punkt zu führen, in welchem wir die Wissenschaft einig finden. Denn wenn auch die Erwägung, dass weder das Willensmoment noch das Thatmoment allein geeignet sei, den Begriff des Versuches zu constituiren, vielfach wiederkehrt,[11] so bewegt sich doch um das Verhältniss, in dem beide zu einander stehen, der ganze Streit.

Indess bliebe noch ein zweiter Weg offen, der uns eine bessere Aussicht zu bieten, geeignet wäre. Es wäre möglich, dass die Litteratur wenigstens insofern übereinstimmt, dass sie bei einzelnen Verbrechen einen Versuch für undenkbar erklärt. Wir müssten dann den Gründen, womit sie ihre Ausnahmen rechtfertigt, nachgehen und wir kämen dadurch vielleicht in die Lage, Schlussfolgerungen für die Merkmale des Begriffes zu ziehen. Allein dieser modus procedendi ist uns von vornherein abgeschnitten; hat sich doch selbst um die Verbalinjurie ein erbitterter Kampf darüber entsponnen, ob auch sie die Möglichkeit eines Versuches zulässt oder zurückweist.[12]

---

[8] Geyer: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 68.

[9] Köstlin: Neue Revision S. 356 fg.

[10] Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 24 und 30.

[11] Pfotenhauer a. a. O. S. 57. Walther a. a. O. S. 34. Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung u. Versuch eines Verbrechens S. 1 und 2. Seeger a. a. O. S. 238. Lamm: Gutachten in den Verhandlungen des deutschen Juristentages pro 1876 S. 156 etc.

[12] cf. vorläufig Hiller: Die Versuchslehre des österreichischen Strafrechts in Grünhut's Zeitschrift Bd. V (1878) S. 289 fg.

Wir wollen uns aber nicht länger täuschen. In einer Materie, in der sich die Ansichten so diametral gegenüberstehen, dass die einen Rechtslehrer uns erklären, dass dem Versuch die objektive Gefährlichkeit eigen sei,[13] während die anderen das genaue Gegentheil behaupten;[14] in der die einen uns sagen, der Versuch habe alle objektiven Merkmale des entsprechenden Verbrechens,[15] während die anderen uns belehren, er habe überhaupt keinen objektiven Thatbestand;[16] in der die einen uns vordemonstriren, dass er bei allen dolosen Verbrechen möglich sei,[17] während die anderen uns entwickeln, dass es überhaupt nur vollendete Verbrechen gäbe,[18] ohne dass es bisher der einen Partei gelungen wäre, die andere zu überzeugen: scheint sich mir der Kampf nicht zu drehen um die Grenze zwischen Moral und Recht[19] oder um die zwischen dem Gebiet der sittlichen Idee der Strafe und den übrigen Theilen der Ethik,[20] sondern um die allerelementarsten und fundamentalsten Anschauungen des Begriffs. Eben deshalb wollen wir aufhören, die Wissenschaft mit der Frage zu bestürmen, worin sie das Wesen des Versuches erblickt hat, sondern wir wollen vielmehr sogleich unsererseits die Quelle bezeichnen, der wir die befremdliche Erscheinung verdanken, dass keine einzige der Controversen, die am Anfang des Jahrhunderts zur Sprache gebracht worden ist, am Ausgang des Jahrhunderts als beseitigt betrachtet werden kann,[21] und dass

---

[13] Feuerbach: Lehrbuch § 42 (Ausg. 1812).

[14] Köstlin a. a. O. S. 371. Lammasch a. a. O. S. 10.

[15] Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen. N. Arch. des Criminalrechts. Bd. I S. 169.

[16] v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 54 und a. a. O.

[17] Köstlin: System S. 252.

[18] v. Lindgren: De conatu delinquendi. Specimen I (Habilitationsschrift) S. 18 fg.

[19] Berner: Wie unterscheiden sich der beendigte und unbeendigte Versuch. Gerichtssaal pro 1865 (Jahrg. XVII) S. 82.

[20] Geyer a. a. O. (Gerichtssaal pro 1866) Jahrg. XVIII S. 41.

[21] Auch darüber, ob die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen

Alles, was Luden 1836 als streitig registrirt hat,[22] noch im Jahre 1879 als ganz ebenso streitig bezeichnet werden muss, obwohl seitdem die Litteratur eine so grosse Produktivität entfaltet und einen so massenhaften Stoff zusammengetragen hat, dass ohne Veränderung der Basis kaum ein Gedanke zum Vorschein kommen möchte, der nicht bereits anderweitig ausgesprochen wäre.

Der Grund aber dafür, dass zeither die Sprödigkeit des Materials alle Anstrengung und Sorgfalt illusorisch gemacht hat, liegt meines Erachtens in dem Umstand, dass alle Theorieen sich in ihrer Grundanschauung über das Wesen des Versuches der Ansicht der Glossatoren und der italienischen Praktiker mehr oder minder eng angeschlossen und ihre verschiedenen Systeme auf der von ihnen gelehrten Basis mit grösseren oder geringeren Modifikationen aufgebaut haben. Nach der Glosse nämlich war die voluntas sceleris und der conatus delinquendi identisch, und das Versuchsgebiet umfasste deshalb die ganze Strecke zwischen der Conception des verbrecherischen Entschlusses und der Consummation. Demgemäss unterschied sie zwischen den blossen Gedanken, die sie als die primi motus non in potestate nostra für straflos erklärte und dem procedere ad actum, worin sie die Versuchsthätigkeit erblickte.[23] Bei dieser Auffassung war die Identificirung von delictum inchoatum und conatus delinquendi nicht zu vermeiden; denn die begonnene, aber nicht beendigte verbrecherische Handlung hat mit dem Versuch das gemein, dass sie, wenn ich mich so ausdrücken darf, vor dem Endpunkt des Deliktes liegt. Damit ist der Ursprung der von uns bereits vielfach bekämpften Ansicht, dass der dolose Anfang mit Versuch

---

sich aus Rechtsgründen ableiten lasse, herrscht noch Streit cf. Geyer a. a. O. S. 47—52 und Erörterungen S. 74. 75.

[22] Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht S. 49—53.

[23] Seeger: die Ausbildung der Lehre vom Versuch § 3 S. 11—13. Zachariae: die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 56 S. 94—96 und Bd. II § 154 S. 10 u. 11. Luden a. a. O. S. 402 und 403.

gleichbedeutend sei, nachgewiesen. Wie Menochius, der noch ganz auf dem Standpunkte der vor der Carolina liegenden Zeit steht, kein Bedenken hat, zu erklären:

> *qui frumentum exportabat adversus formam statuti et dum esset in via, prehensus est et fassus est, quod, nisi fuisset impeditus, exportasset: hic conatus punitur,*[24]

ganz ebenso hat die Strafrechtsnovelle von 1876, die begonnene Auswanderung militärpflichtiger Personen mit der versuchten Auswanderung verwechselt (§ 140 R. St. G.), ohne dabei auf Widerspruch von irgend einer Seite zu stossen.

Die italienischen Praktiker hielten aber an der Lehre der Glosse fest; wie ein rother Faden zieht sich durch ihre Schriften der Gedanke durch, dass cogitare, agere, et non perficere Versuch sei.[25] Daraus ging zugleich der zweite Uebelstand hervor, den wir zeither zur Sprache gebracht haben: die Statuirung eines straflosen Versuches neben einem strafbaren war damit gleichfalls Sache der Nothwendigkeit geworden. Denn hätte man daran festhalten wollen, jede Thätigkeit, welche auf die Verübung eines Deliktes gerichtet ist, als der Strafjustiz verfallen zu erklären, so hätte man Verurtheilungen in Fällen aussprechen müssen, in denen sich der natürliche Verstand hiergegen gesträubt haben würde. Nicht blos die colloquia und basia der Glosse wären in ihrer Eigenschaft als praecedentia veneris als versuchter Ehebruch zu strafen gewesen, sondern man hätte noch darüber hinaus gehen und jede Annäherung an eine Ehefrau in verführerischer Absicht ganz gleich behandeln müssen. Die Ueberzeugung, dass man dadurch nahezu zur Verfolgung der nuda cogitatio käme, veranlasste daher wenigstens einen Theil der italienischen Juristen zur

---

[24] Menochius: de arbitriis judicis quaestionibus et caussis. Liber II casus 360 sub 5.

[25] Pfotenhauer a. a. O. S. 166—176. Luden a. a. O. S. 403—425. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 96—102 und Bd. II S. 138—152. Seeger a. a. O. S. 13 fg.

Strafbarkeit des Versuches solche Handlungen zu verlangen, welche in einem näheren Connex mit dem vollendeten Verbrechen standen. Man lehrte daher, dass nicht alle unter den Begriff fallenden Handlungen der gesetzlichen Sühne unterliegen, dass vielmehr nur die actus ordinati ad principale delictum den Thatbestand des strafbaren Versuches bilden sollten.[26] Die Incongruenz zwischen Begriff und Strafbarkeit war damit geschaffen.

Es hat somit ein flüchtiger Blick auf die italienische Doktrin genügt, die Wurzeln der beiden Erscheinungen in der Litteratur bloszulegen, die bisher in erster Linie unser Befremden erregt haben. Ein weiteres Eingehen aber auf die Lehre jener Zeit erübrigt sich an dieser Stelle aus dem Grunde, weil die Darstellung der einzelnen Theorieen, mit denen wir uns zu beschäftigen haben werden, uns ohnedies hierzu die geeignete Veranlassung bieten wird.

Als bekannt dagegen müssen wir den Einfluss der Italiener auf die Schwarzenberg'schen Arbeiten und auf die ganze spätere Litteratur voraussetzen, wollen wir nicht die dogmatische Entwickelung unterbrechen.

Demgemäss beschränkt sich im Folgenden unsere Aufgabe darauf, das Verhältniss der einzelnen Theorieen zu der Grundanschauung der Glosse und der italienischen Praktiker über das Wesen des Versuchs zu beleuchten. Hat das Festhalten an ihr jeden Fortschritt verhindert, so wäre damit die Quelle des Uebels für die bereits erörterten und die noch weiterhin zur Sprache zu bringenden Missstände gefunden, und wir hätten daher ihren Lauf, wollen wir erspriesslicheren Zuständen entgegensteuern, für alle Zukunft zu verstopfen.

So zweckmässig es auch wäre, wenn wir uns derjenigen Theorie nunmehr zuwenden könnten, die sich Eingang in

---

[26] Mittermaier: die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks „Anfang der Ausführung“ pp. Gerichtssaal pro 1859 S. 199—222. Seeger a. a. O. § 5 S. 42—44. Pfotenhauer a. a. O. S. 173—191. Luden a. a. O. S. 407—425 und S. 460.

die von uns in den früheren Paragraphen besprochenen Legislationen zu verschaffen gewusst hat, der objektiven Theorie, so erscheint uns dies doch aus dem Grunde nicht angänglich, weil dieselbe, an dem traditionellen Begriff festhaltend, sich darauf beschränkt hat, den Kreis des Strafbaren enger zu ziehen, als dies früherhin geschehen. Sie theilt somit mit ihrer Gegnerin, der subjektiven Theorie, die Auffassung über das Wesen des Versuches, während sie sich von ihr dadurch unterscheidet, dass sie der Strafjustiz Schranken setzt, die diese nicht kennt. Demgemäss wird von den Anhängern der einen wie der anderen der Versuch als

„jede auf die Begehung eines Verbrechens gerichtete Handlung"

definirt.[27] Damit umfasst das Versuchsgebiet von selbst die Strecke zwischen der Conception des Entschlusses und der Consummation des Delikts. Dies wird überdies noch direkt und indirekt hervorgehoben; direkt durch Romagnosi, welcher erklärt:[28]

„Quando il delitto è soltanto pensato o deliberato, non è peranche tentato. Quando egli è ridotto al suo termine, non è semplicemente tentato, ma consumato. Dunque lo spazio che l'attentato può occupare, tutto al più si estende fra la deliberazione e la consumazione del delitto. Egli incomincia dal primo atto con cui si pone mano ad effettuarlo e si arresta, dirò così, all' orlo dell' ultimo atto che dà compimento al delitto,"

---

[27] Schwarze a. a. O. (im v. Holtzendorff'schen Handbuch) S. 277. Köstlin: System S. 234 und § 85 S. 247 fg. Pfotenhauer a. a. O. S. 77. Krug: die Lehre vom Versuch der Verbrechen. S. 1. 19. 20. Heffter: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. § 74 S. 64 (6. Auflage). Hepp: Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen im N. Arch. des Crim.-R. pro 1836 S. 236. Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen im N. Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 165—167. Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II S. 279 u. 280 etc.

[28] Romagnosi: Genesi del diritto penale S. 223.

indirekt durch Zachariae, indem er alle vor der Vollendung eines dolosen Verbrechens liegende Handlungen als Versuchshandlungen auffasst.[29]

Bei der grossen Ausdehnung der Strecke mussten aber einzelne Stationen gemacht werden, wollte man nicht den Ueberblick verlieren. Die Italiener stellten deshalb den actus verbi die actus facti gegenüber, während die objektive Theorie die actus facti wiederum in zwei Unterabtheilungen zerlegte und somit drei Stadien unterschied: das der Beschlussfassung, das der Vorbereitung und das der Ausführung.[30]

So stehen wir also noch ganz auf dem Standpunkt der Glosse. Das procedere ad actum, oder wie dieselbe Sache in anderer Form ausgedrückt worden ist, der actus qui in delinquendum tendit,[31] gilt noch heute ganz ebenso als Versuch wie im 13. Jahrhundert. Wie die Glosse in der Pandektenstelle, worin es heisst:[32]

„*Nam et Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum transcendere voluerit*"

einen Fall des Versuches besprochen findet, so erklären noch heute juristische Schriftsteller den Ankauf von Stempeln, Platten etc. zum Zweck einer Münzfälschung als einen Versuch des Münzverbrechens.[33]

In unseren Gesetzbüchern spiegelt sich nicht minder der Geist der grauen Vorzeit wieder. Es ist kein Zufall, wenn der Code pénal von „actes extérieurs" spricht, und andere Legislationen es für nothwendig gehalten haben, ausdrück-

---

[29] Zachariae a. a. O. Bd. I § 19 S. 27—29 cf. auch Bd. II § 150 S. 1 und 2.

[30] Zachariae: Bd. I S. 182—218. Mittermaier: a. a. O. (Gerichtssaal pro 1859) S. 209 fg. u. a. a. O. Rossi: Traité de droit pénal (Ausgabe von Faustin Hélie) Bd. II Chap. 26. 27. 28 etc.

[31] z. B. Menochius a. a. O. „generalem juris regulam constitui posse conatum in actu, qui ad delinquendum tendit, puniri."

[32] L. 11 D. 1. 8 (de div. rerum).

[33] Zachariae a. a. O. Bd. I § 114 S. 127. Rossi a. a. O. S. 128. Schwarze: Commentar S. 120 und 121 etc.

lich die Gedanken für zollfrei zu erklären. Weder liegt dort eine Incorrektheit des Ausdrucks vor, wie Lelièvre annimmt,[34] noch hier eine „dwaasheid“ (Thorheit), wie van Swinderen meint,[35] vielmehr sollte damit der Gegensatz zwischen dem inneren und äusseren Versuchsgebiet, zwischen dem actus consilii und actus reales, markirt werden, so dass wir uns nicht wundern dürfen, wenn in Frankreich noch heute die Ansichten getheilt sind, ob das Gesetz vom 28. April 1832 nicht durch Streichung der in Rede stehenden Worte die Sache mehr verdunkelt als geklärt hat.[36]

Aber die Verwandtschaft unserer Codifikationen mit der italienischen Lehre ist noch eine viel nähere. Ich kann nur Pessina beitreten, wenn er darin die Formel des Albertus Gandinus getreulich wiederfindet:[37]

Cogitat (*Entschluss*) *et agit* (*Bethätigung des Entschlusses*) *et non perficit* (*Mangel der Vollendung*)[38]

Nur darin weiche ich von ihm ab, dass er dies in der Absicht hervorhebt, die Autorität des heutigen Begriffes durch sein ehrwürdiges Alter zu befestigen,[39] während für mich der Umstand, dass das Urtheil über die Leistungen der italienischen Praktiker sehr verschieden ausgefallen ist,[40]

---

[34] Lelièvre: Commentatio juridica de conatu delinquendi S. 203.

[35] van Swinderen a. a. O. S. 111. Mit der daselbst getadelten Bestimmung des Niederländischen Entwurfs von 1827 stimmen überein die von Zachariae Bd. I § 102 S. 191 und 192 erwähnten Codifikationen.

[36] Chauveau u. Hélie: Théorie du code pénal (Belgische Ausgabe) Bd. I S. 173—175 Nr. 587—589.

[37] Pessina: Elementi di diritto penale S. 228.

[38] In der Sache stimmen damit überein: Meyer: das ungarische Strafrecht. S. 109. Geyer: Erörterungen. S. 51. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 101; § 102 und 103; und § 105 S. 170—177 und 179. Mittermaier a. a. O. (N. Arch. für Crim.-R. Bd. 1) S. 166. Dalloz: Jurisprudence générale Bd. 42 S. 249 und 250 Nr. 3 und 4. Chauveau und Hélie: Bd. I Nr. 551 S. 160 und 557 S. 65. Haus: Principes généraux du droit Belge S. 307 § 1 etc.

[39] a. a. O. S. 225, wo er den qu. Ausdruck als „giusta la stupenda locuzione“ bezeichnet. Uebrigens ist derselbe Gedanke bereits in der Glosse zu finden. cf. Zachariae Bd. I S. 96.

[40] Luden a. a. O. nennt sie geistlos (S. 404); Savigny: Geschichte

schon allein ausreichen würde, ihnen mit Vorsicht zu folgen. Es kann indess meiner Ansicht nach auch nicht der geringste Zweifel darüber bestehen, dass der Versuchsbegriff, den wir ihnen zu danken haben, viel zu weit gefasst ist.

Wenn sich nämlich auch nicht in Abrede stellen lässt, dass jeder Versuch eine Willensbethätigung zur Erscheinung bringt, so ist doch darum noch nicht jede Willensbethätigung, die sich einem verbrecherischen Ziele zuwendet, Versuch. Ich würde mich hierbei lediglich auf den Sprachgebrauch berufen, würden mich nicht die Interpretationen unserer Quellen belehren, wie wenig man sich hierauf verlassen kann. Denn da man in den Fällen eines incompetenten Urtheils[41] eine versuchte Rechtsprechung,[42] im Ankauf von Gift cum animo parricidii einen versuchten Vatermord erblickt hat,[44] so scheint mir das Wort Versuch zu vieldeutig zu sein, als dass ich mich darauf beschränken könnte, einfach auf seinen Sinn Bezug zu nehmen. Vielmehr möchte ich daran erinnern, dass wir, wollten wir die voluntas sceleris und den conatus delinquendi mit der Glosse als Synonyma gebrauchen, zu Consequenzen kämen, die man wohl heut zu Tage kaum vertheidigen wird. Man müsste denjenigen, der eine falsche Denunciation einreicht, in der Absicht, eine Verhaftung zu bewirken wegen versuchter Freiheitsberaubung;[45] denjenigen, der die s. g. Con-

---

des röm. R. im M. A Bd. VI S. 88 Anmerkung *e* beklagt sich über ihre Distinktionen und Subdistinktionen; durchaus günstig denkt über sie Seeger a. a. O. S. 78.

[41] L. 1 § 1 D. II 2 (quod quisque juris).

[42] Cropp: Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi S. 77 (Sect. I).

[43] L. 1 D. 48. 9 (de lege Pompeja de parricidiis).

[44] Luden: S. 118. 119. 124, der indess zur Strafbarkeit einen Versuch des Eingebens verlangt cf. hiergegen Rein: das Criminalrecht der Römer S. 459. Cropp a. a. O. (Sektion II) S. 89—98. Zachariae: a. a. O. Bd. I § 70 S. 117. 118.

[45] Dass der Versuch kraft positiver Bestimmung straflos ist, ändert selbstredend am Principe nichts.

firmationsordre fälscht, um die Vollstreckung eines Todesurtheils herbeizuführen oder den, der bei Glatteis seinen Bürgersteig nicht bestreut, damit sein gebrechlicher Nachbar darauf ausgleite und durch einen Fall sein Genick breche, wegen versuchten Mordes; denjenigen, der einen ihn besuchenden Weichensteller über die Tageszeit täuscht, damit derselbe seine Funktionen nicht rechtzeitig wahrnehme und dadurch die Entgleisung eines Zuges verursache, wegen versuchter Gefährdung eines Eisenbahntransportes bestrafen. — Indess ist es immerhin noch möglich, dass der eine oder der andere von den von mir angeführten Fällen auch heutzutage als Versuch aufgefasst werden möchte, ich will daher auf ein anderes Beispiel recurriren, über das wohl keine Meinungsverschiedenheit herrscht. Es denkt wohl heut Niemand daran, denjenigen, der in einer Capitalsache einen Meineid leistet, damit über den Angeklagten ein Todesurtheil gesprochen werde, wegen versuchten Mordes zur Rechenschaft zu ziehen. Die Praxis aber, die sich von der italienischen Doktrin leiten liess, war hierin anderer Meinung. Es berichtet nämlich Menochius:[46]

> „*Reste et sancte judicavit sapientissimus Senatus Taurinensis eum, qui suo falso testimonio conatus fuerit, accusatum poena mortis puniri, condemmatione non sequuta, fuisse poena extraordinaria damnatum; et idem observavit hoc anno (1592) Senatus Mediolanensis, qui me tunc referente, damnavit ad triremes perpetuas Joannem de Episcopo, qui falsis testibus conatus fuerit quendam ejus inimicum defraudata annona damnari.*“

Freilich die Gründe, weshalb wir nicht auch hier die Anschauung der italienischen Praktiker zu theilen haben, sind verschieden angegeben worden. Zachariae lässt sich hierüber dahin aus, dass der Umstand, dass das Gesetz auf den Meineid, der zum Nachtheil eines Angeklagten in dem im § 154 alin. 2 vorhergesehenen Falle geleistet werde, eine härtere Strafe gesetzt habe,

---

[46] a. a. O. (in der mir vorliegenden Ausgabe S. 499).

„uns nicht berechtige, zwei verschiedene Verbrechen des Meineides anzunehmen, von welchen die eine durch die blosse Handlung consummirt werde, die andere den Eintritt des bezeichneten Erfolges zum Thatbestand erfordere. Sondern nur mit Rücksicht auf den möglichen an sich nicht zum Begriff des Verbrechens gehörigen Erfolg sei hier die höhere Strafe bestimmt.“ [47]

Allein davon, dass es sich um zwei Kategorieen des Meineides handle, ist hier gar nicht die Rede, vielmehr nur davon, weshalb nicht auch hier das Streben, eine bestimmte Rechtsverletzung herbeizuführen, als Versuch des beabsichtigten Verbrechens aufgefasst werden dürfe. Ebensowenig wird durch die Bemerkung die Sache geklärt, dass der Meineid seinem Begriffe nach nicht den Eintritt der Wirkung erfordere, die der Thäter damit erzielen will. Auch die Körperverletzung erfordert an sich nicht einen erheblichen Eingriff in die Integrität des Verletzten, und dennoch wird man nicht bezweifeln, denjenigen, welcher einem Anderen eine Substanz beibringt, welche den Verlust der Sehkraft zu bewirken im Stande wäre, unter der selbstverständlichen Voraussetzung des entsprechenden dolus wegen versuchter schwererKörperverletzunganzuklagen.[48] Schwarze dagegen bedeutet uns, dass wir es in unserem Fall nur mit einem Erschwerungsgrund zu thun haben,“ der mit seinem Eintritt die höhere Strafe nach sich ziehe, seiner Natur nach aber eine Abstufung zwischen Versuch und Vollendung nicht zulasse.“ [49]

Vielleicht drücken wir den Gedanken, den er damit ausspricht, noch deutlicher dahin aus: Nicht jedes Streben nach einem Erfolge, den der Gesetzgeber vermieden sehen

---

[47] Zachariae: Zu Th. I Tit. II Straf-G.-B. in Goltdammers Arch. (1855) Bd. III S. 176.

[48] Oppenhoff: Commentar zu § 225 Note 2. Rüdorff: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich zu § 225 S. 406. Berner: Körperverletzung im Gerichtssaal pro 1866 (Jahrg. XVIII) S. 301 und 302.

[49] Schwarze a. a. O. (Commentar) S. 430.

will, ist Versuch — oder, mit anderen Worten, der italienische Begriff, der das Gegentheil lehrt, ist zu weit gefasst.

Dies zeigt sich aber auch noch von einem zweiten Gesichtspunkte aus. Wären voluntas sceleris und conatus delinquendi Synonyma, so wäre die Annahme eines Versuches vom Versuch nicht zu umgehen. Müssten wir das ambulare cum telo necandi caussa,[50] wie dies so vielfach geschehen,[51] als conatus homicidii aufassen, so würde derjenige, der sich mit dem Schwerte umgürtet, um seinem Feinde aufzulauern, sich eines Versuches dieses Conats schuldig gemacht haben, da sein Wille auf die Verübung des in Rede stehenden Delikts gerichtet und zur Erscheinung in die Aussenwelt getreten war. Um dieser Consequenz zu entgehen, nahm man seine Zuflucht zu der Schöpfung „der formell vollendeten, materiell versuchten Verbrechen“, indem man lehrte, dass der Gesetzgeber überall da, wo er eine bestimmte Rechtsverletzung zu einem Verbrechen erklärt, die Strafbarkeit des Versuches im Allgemeinen angeordnet und daneben noch specielle auf die Schädigung desselben Rechtsgutes abzielende Handlungen zu Specialdelikten gemacht habe, zwei Arten des Versuches statuire, eine generelle und eine specielle.[52] Daraus zog man den Schluss, dass bei den s. g. delicta sui generis von der Annahme eines weiteren Versuches nicht die Rede sein könne. Wir werden aber sehr bald sehen, dass diese Lehre uns nicht blos des Verständnisses der Quellen beraubt, sondern auch in den Codifikationen der Gegenwart das genaue Gegentheil von dem, was darin zu suchen ist, gefunden hat.

Endlich lässt sich auch noch von einem dritten, freilich gleichfalls bestrittenen Gesichtspunkt aus — denn was wäre

---

[50] L. 1 pr. D. 48. 8 (Ad legem Cornel. de sic.).

[51] Luden a. a. O. S. 91 fg. Zachariae: Lehre vom Versuch. Bd. I § 68 S. 111—115. Rein a. a. O. S. 130 etc.

[52] Zachariae: in Goltdammers Arch. Bd. III S. 170. 171. Hälschner: System des preuss. Strafrechts. Bd. I § 52 S. 212 und 213. cf. auch Luden a. a. O. S. 71 fg. und insbes. Cap. 1 S. 1 fg. Geib a. a. O. Bd. II S. 237.

in der Versuchslehre unbestritten? — die exorbitante Ueberspannung des italienischen Begriffs nachweisen. Wäre er zutreffend, so würde es nämlich kein Verbrechen geben, das ihm nicht verfallen wäre. Ueberall bleibt zwischen der Conception des Entschlusses und der Consummation ein Raum übrig, den wir als Versuchsgebiet aufzufassen hätten. Selbst da, wo der Gesetzgeber die Strafbarkeit am meisten vorgeschoben hat, bei dem hochverrätherischen Complott oder die Anreizung zum Hochverrath (§§ 83 und 85 R.-St.-G.), lässt sich ein Vorstadium construiren, das ein tendere ad delinquendum enthielte. Ich kann daher Schwarze[53] und Geyer[54] nicht beistimmen, wenn sie meinen, dass in dergleichen Fällen die erste äussere Kundgebung zu einem Delikt erklärt worden sei, vielmehr bin ich der Meinung, dass auch hier präparatorische Massnahmen getroffen werden können, wie beispielsweise durch die Einladung zu einer Besprechung[55] oder durch die Zusammenberufung einer Versammlung, bei denen man von einem Versuch sprechen müsste, wollte man consequent voluntas sceleris und conatus delinquendi identificiren.

Jede Ausnahme, die man statuirt, enthält somit einen Bruch mit dem Princip. Demgemäss sind diejenigen, welche noch auf dem unverfälschten Boden der italienischen Doktrin stehen, uns den Beweis für ihre Behauptung, dass gewisse Verbrechen einen Versuch nicht zulassen, schuldig geblieben. Dies ist selbstverständlich der Fall bei den Schriftstellern, welche jede Motivirung ihrer Ansicht unterlassen haben, aber auch diejenigen, welche sorgfältiger zu Werke gegangen sind, haben die von ihnen gelehrten Ausnahmen im Grunde genommen nur durch einen Machtspruch aufrecht zu erhalten vermocht.

Denn wenn Luden erklärt, dass der Versuch nothwendig „eine solche Ausführung des Verbrechens voraussetze, bei

---

[53] Schwarze: Commentar S. 112.

[54] Geyer: Erörterungen S. 89.

[55] Um einem möglichen Einwand zu entgehen, mag man die Einladung von mehreren Personen ausgehen lassen.

welcher mehrere physische Handlungen stattfinden müssen, die von einander unterschieden sind und auf einander folgen" und daraus herleitet, dass er bei den Delikten, die durch eine Aeusserung zur Consummation gebracht werden, undenkbar sei,[56] so stimmt dies nicht mit dem Begriff, von dem er ausgeht, überein, wonach er jede Thätigkeit, durch welche ein Verbrechen hervorgebracht werden soll, als Versuch ansieht,[57] und nur dessen Strafbarkeit erst mit dem Augenblick beginnen lässt, in welchem sich der Verbrecher in die Lage versetzt hat, das Verbrechen ohne neue Vorbereitung und ohne weitere Unterbrechung zu verüben.[58] Deshalb müsste er denjenigen, welcher sich in das Haus seines Feindes begiebt, um ihn zu beleidigen, wegen Versuch bestrafen, da die von ihm aufgestellten Kriterien auf eine solche Handlungsweise vollkommen passen. An einer anderen Stelle rechtfertigt er deshalb auch seine Ansicht in anderer Weise. Denn hier erkennt er an, dass auch der Verbalinjurie eine Reihe von Handlungen und Kraftanwendungen vorangehen, er meint jedoch, dass man es bei ihnen nur mit inneren Vorgängen zu thun habe.[59] Aber dabei übersieht er, dass die Ortsveränderung, die unter Umständen erforderlich ist, um eine Beleidigung an den Mann zu bringen, dem Bereich der nuda cogitatio nicht mehr angehört. Wollte er jedoch den Versuchsgriff überall da ausschliessen, wo das Verbrechen durch eine einzige Handlung zur Vollendung gelangt, so hätte er dies auch bei einer ganzen Reihe von Delikten, bei denen er das Gegentheil lehrt, vertheidigen müssen; denn weder die Unterschlagung,[60] noch die Prärarikation eines Rechtsbeistandes,[61] noch der Ehebruch,[62]

---

[56] a. a. O. S. 480.
[57] a. a. O. S. 4.
[58] a. a. O. S. 260 fg. S. 459 fg.
[59] a. a. O. S. 3 Note 1.
[60] a. a. O. S. 497.
[61] a. a. O. S. 502.
[62] a. a. O. S. 503.

noch die Sodomie,[63] noch der Incest[64] etc. bedarf zur Consummation „etlicher Werke“ (d. h. nach Luden eines Complexes von Handlungen[65]). Aber es scheint, als wenn Luden nur hat sagen wollen, dass der Versuch zu seiner Existenz entweder eine Mehrheit von Handlungen oder eine in zeitliche Theile zerlegbare Handlung erfordere. Damit hätte er indess wenigstens bei der letzteren Alternative Versuch und Anfang verwechselt — eine Annahme, über deren Richtigkeit nach seinen eigenen Ausführungen kein Zweifel übrig bleibt.[66]

Hepp, der bekanntlich Anhänger der subjektiven Theorie gewesen ist, und demgemäss jede Handlung in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, als Versuch bestraft sehen wollte,[67] hat wenigstens die Verbalinjurie vor seiner eigenen Lehre retten wollen. Allein mit seiner Begründung ist er nicht glücklicher als Luden gewesen. Obwohl er noch soeben betont hat, dass der Conat sich von dem ersten Schritt auf der verbrecherischen Bahn bis zu dem letzten ausdehne, der mit der Consummtion zusammenfalle,[68] will er dennoch für die Beleidigung eine Ausnahme aus dem „inneren und wesentlichen“ Grunde statuiren, weil man sonst die nuda cogitatio bestrafen und die öffentliche Meinung, auf deren Urtheil es bei der Ehrenkränkung hauptsächlich ankomme, ignoriren würde. Denn so lange der Injuriant mit seiner Aeusserung noch zurückhalte, habe er noch nicht den Boden des Strafrechts betreten, während die öffentliche Meinung, den Willen zu beleidigen, noch nicht als einen Versuch erachte.[69] Abgesehen von seinem Appell an das Publikum,

---

[63] a. a. O. S. 507.

[64] a. a. O. S. 252.

[65] a. a. O. S. 480.

[66] a. a. O. S. 4.

[67] Hepp: Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft S. 361—364.

[68] Hepp: „Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen“ im Arch. des Crim. R. pro 1836 S. 56.

[69] a. a. O. S. 67.

gesteht er damit ein, dass die voluntas sceleris nicht conatus delinquendi sei, so dass er in den Widerspruch geräth, bei der Beleidigung einen anderen Begriff des Versuches anzunehmen, als bei allen übrigen Verbrechen. Wenn er weiter der Meinung war, dass man die nuda cogitato zur Rechenschaft ziehe, wollte man jeden Schritt nach dem verbrecherischen Ziele bestrafen, so hätte er seine Opposition gegen die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen aufgeben müssen. Wer sich mit den Mitteln versieht, um ein Verbrechen zu verüben, steht meiner Ansicht nach dem gleich, der die Person aufsucht, auf deren Beleidigung er es abgesehen hat. Entweder hat der eine wie der andere sich eines Versuches schuldig gemacht, oder keiner von beiden.

Ebensowenig hat Mittermaier klar zu legen vermocht, weshalb bestimmte Verbrechen der Annahme eines Versuches widerstehen sollten. Seine Warnung, dass man sich vorzüglich in dieser Materie vor allem Generalisiren in Acht nehmen müsse,[70] kann wohl in keinem anderen Sinne aufgefasst werden als in dem, dass wir es hier mit Ausnahmen zu thun haben, die sich jeder Aufklärung entziehen. In der That scheint er nur lediglich seinem Rechtsgefühl gefolgt zu sein, wenn er ganz im italienischen Sinne als die drei Merkmale des Versuches: den dolus, Objektivirung des Entschlusses und Mangel der Vollendung erachtet,[71] und dennoch das Gebiet enger begrenzt, als dies der Begriff gestattet. Wollten wir aber dies nicht annehmen und demgemäss den Kreis der Ausnahmen so weit ziehen, als die von Mittermaier für sie erbrachten Gründe reichen, so kämen wir zu Schlüssen, deren Unhaltbarkeit von selbst in die Augen springt. Soll, um nur ein Beispiel anzuführen, „in den Fällen, in welchen das Verbrechen nur unter der Voraus-

[70] Mittermaier: Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen im Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 17.

[71] Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen im Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 165 und 166.

setzung des Daseins gewisser rechtlicher Verhältnisse zwischen zwei Contrahenten von einem dieser Contrahenten begangen werden kann, und in denen nur ein Schritt das Verbrechen zur Existenz bringt, während schon im nächsten Augenblick das Verbrechen wieder ungeschehen gemacht werden kann" der Versuchsbegriff unanwendbar sein, so wären wir zwar in der Lage, den zu bestrafen, der einen Anderen, mit dem er in keinem Rechtsverhältniss steht, durch Vorspiegelung falscher Thatsachen täuscht, auch wenn er einen Vermögensvortheil nicht erlangt, während wir uns hieran verhindert sehen würden, wenn etwa der Verkäufer den Käufer dadurch zu betrügen versucht, dass er ihm anstatt der Waare von der bedungenen Qualität eine solche von schlechterer Beschaffenheit, beispielsweise an Stelle des versprochenen goldenen Bechers einen solchen von imitirter Masse aushändigt und im selben Augenblick, in Folge der Entdeckung seines Manoeuvres, contraktgemäss seine Leistung erfüllt. Dennoch dürfte kein Zweifel bestehen, dass ein bestehendes Contraktsverhältniss weit eher geeignet ist, eine dolose Handlungsweise in einem höheren Grade strafwürdig erscheinen zu lassen, als sie zu entschuldigen.

Aber Mittermaier hat noch nach einer zweiten Richtung hin den Begriff, von dem er ausgeht, als zu weit gefasst empfunden. Er lehrt nämlich weiter, dass es Delikte gebe, bei denen nur der nächste Versuch denkbar, der entfernte dagegen ausgeschlossen sei. Zu ihnen zählt er insbesondere den Incest und er motivirt dies damit, dass es zu Lächerlichkeiten führen würde, wollte man das vorangehende Stadium zur rechtlichen Relevanz erheben und etwa in den zärtlichen Briefen, welche Geschwister einander schreiben, einen Versuch der Blutschande erblicken, mag auch deren Absicht bereits hierauf gerichtet gewesen sein.[73] Dabei übersieht er aber zweierlei: Einmal, dass sein nächster Versuch mit der incriminirten Handlung zusammenfällt und dass er deshalb

---

[72] Mittermaier: in seiner sub 70 gedachten Abhandlung S. 18.

[73] Mittermaier: im Arch. des Crim. R. Bd. IV S. 19.

auch hier correkter die Möglichkeit eines Versuches hätte leugnen, und deshalb, abermals im Widerspruch mit seinem Princip, wonach der Versuch auf alle dolosen Verbrechen für anwendbar erklärt ist,[74] eine neue Ausnahme hätte statuiren müssen, und sodann, dass ihn nur ein richtiges Taktgefühl veranlasst hat, einer Consequenz zu entgehen, die sich bei dem Umfang, den er von vornherein dem Versuchsgebiet gegeben, nur durch einen Bruch mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz vermeiden lässt.

Noch weit weniger hat Zachariae die gefährliche Klippe erkannt, an der seine ganze Versuchstheorie scheitern musste, indem er glaubt, dass der Versuchsbegriff, wie er ihn lehre, von selbst die Verbalinjurie und überhaupt alle Delikte, deren Thatbestand durch das Aussprechen eines Wortes erfüllt wird, von seinem Bereich ausschliesse.[75] Allein damit hat er sich nicht blos selbst getäuscht, sondern er ist damit zugleich in eine Reihe von Widersprüchen hineingerathen. Zwar weicht seine Definition:

> „*Versuch eines Verbrechens ist eine absichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äussere Handlung oder Unterlassung, mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffes gehört,*“[76]

in der Form ein wenig von der hergebrachten ab, dass sie aber ihrem Sinne nach genau mit ihr auf dasselbe hinausläuft, ergiebt nicht blos ihre Entwickelung,[77] sondern es lässt sich dies auch aus den Folgerungen, die daraus abgeleitet werden, mehrfach nachweisen. Wir begegnen nämlich nicht blos im Weiteren dem cogitare, agere, et non

---

[74] Mittermaier a. a. O. S. 15. 16 in Verbindung mit N. Arch. Bd. I S. 177 fg.

[75] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Bd. I § 47 S. 75.

[76] a. a. O. § 19 S. 27.

[77] a. a. O. §§ 7—19. S. 7—27.

perficere, wenn auch in anderer Ausdrucksweise wieder,[78] sondern Zachariae löst jeden etwa noch möglichen Zweifel dadurch, dass er expressis verbis erklärt, das eigentliche Versuchsgebiet umfasse die erste Bethätigung des verbrecherischen Entschlusses bis zu der letzten, durch welche die Vollendung erzeugt werde.[79]

Damit ist aber seine Annahme, dass sein Begriff auch nur ein einziges Delikt unberührt lasse, unvereinbar. Wäre sie zutreffend, so hätte er sich jeder Begründung, weshalb bei der Verbalinjurie und bei den ihr analogen Delikten von einem Versuch nicht die Rede sein könne, enthalten müssen, da sich dies aus dem Begriff selbst ergeben haben würde. Statt dessen argumentirt er wie folgt: So lange das Wort nicht ausgesprochen sei, gehöre es dem Reiche der Gedanken an, einmal aber dem Gehege der Zähne entflohen, wäre auch die Consummtion vorhanden. Wollte man sich dieser Ansicht nicht anschliessen, so käme man dazu, das Herantreten an einen Anderen, in der Absicht, ihn zu beleidigen, zu bestrafen.[80]

Wie wenig aber Zachariae befugt ist, diese Folgerungen aus dem Versuchsbegriff, mit dem er operirt, herzuleiten, geht daraus hervor, dass er selbst einige Seiten vorher erklärt:

> „*Die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung ist eine durchgreifende, auf alle dolosen Verbrechen anwendbare. Eine Ausnahme hiervon tritt nur in den Fällen ein, wo mit einer äusseren, in strafrechtlicher Beziehung in Betracht kommenden Handlung schon vollständig der Begriff der verbrecherischen Handlung vorliegt, während alles Vorausgegangene rechtlich gleichgiltig ist.*“[81]

---

[78] a. a. O. S. 34 fg. S. 51 fg.

[79] a. a. O. Bd. II § 150 und S. 1 Note 1 ibid.

[80] Dieselbe Argumentation kehrt auch in Zachariaes Aufsatz in Goltdammers Arch. Bd. III S. 176. 177 wieder.

[81] a. a. O. (in der Versuchslehre) Bd. I S. 54.

Warum aber die vorangehenden Akte im Sinne des Gesetzes gleichgiltig sein sollen, muss er dabei unaufgeklärt lassen, wenn er nicht eine neue Inconsequenz begehen will. Denn wenn er jede Handlung, die ein verbrecherisches Ziel verfolgt, unter den Begriff des Versuches subsumirt, und nur die Strafbarkeit nicht gleich weit ausgedehnt sehen will,[82] wenn er meint, dass die Schwangere, welche, die Tödtung ihres Kindes intendirend, sich an den Ort begiebt, wo sie ihre Entbindung erwartet, damit sich zwar eines versuchten Mordes schuldig gemacht habe, und nur wegen der entgegenstehenden Grundprincipien des Strafrechtes und aus Gründen der Criminalpolitik von Strafe verschont bleibe,[83] so hätte er zu dem Satze gelangen müssen, dass die Beleidigung zwar ebenfalls Versuch zulasse, die ihr vorangehenden Akte aber besser ungeahndet bleiben. Zu dieser Ansicht bekennt er sich denn auch bei der Realinjurie, indem er lehrt, dass derjenige, der einem Anderen mit einem Prügel in der Hand auflauere, zwar bereits das Versuchsgebiet betreten habe, dass er aber nach den allgemeinen Grundsätzen über den Anfangspunkt der Strafbarkeit einer Handlung noch nicht zur Rechenschaft gezogen werden dürfe.[84] Der Grund aber, weshalb er die beiden Arten der Beleidigung verschieden behandelt, kann wohl kein anderer sein als der, dass er in dem einen Fall seinen Versuchsbegriff zur Anwendung bringt und in dem anderen ihn verwirft. Denn wenn er bei der Verbalinjurie seine Ausnahme damit motivirt, dass man bei ihr nur die Wahl zwischen der nuda cogitatio und dem vollendeten Delikte habe, so hätte er auch dasselbe für die Realinjurie behaupten müssen, vorausgesetzt, dass er auch bei ihr das Zwischenstadium hätte ignoriren wollen.

Vielleicht gelingt es mir aber von einem kaum anfechtbaren Gesichtspunkte aus den Nachweis zu führen, dass Versuchen und Wollen nicht Synonyma sind. Wären sie

[82] a. a. O. Bd. I S. 198 fg. S. 206 fg.

[83] a. a. O. Bd. I S. 201 in Verbindung mit §§ 110 u. 111.

[84] a. a. O. Bd. I S. 76 in Verbindung mit § 98 fg.

dies, so müsste das Anwendungsgebiet des einen Begriffes mit dem des anderen sich decken. Nun kann man zwar eine That, als die Wirkung einer Handlung, wollen, nicht aber einer Handlung versuchen. Denn so lange dieselbe noch nicht in die Aussenwelt getreten ist, liegt die nuda cogitatio vor. Ist dieses Stadium dagegen überschritten, so haben wir es, je nachdem der Wille sich ganz oder zum Theil objektivirt hat, mit ihrem Beginne oder mit ihrer Vollendung zu thun. Für die Annahme eines Versuches bleibt somit nirgends ein Raum.

Demgemäss würde ich, wenn auch nur ein einziges der von mir geltend gemachten Argumente für zutreffend befunden werden möchte, mit meiner Opposition gegen die italienische Doktrin nicht mehr isolirt dastehen. Vielmehr würde sich die Sache dahin gestalten, dass man die daraus resultirende Consequenz, wonach die Identificirung von Versuch und Anfang nicht zu umgehen ist, mit ausdrücklichen Worten verwarf, sich aber thatsächlich mit ihr vertrug, während man den Begriff als zu weit gefasst thatsächlich von sich wies, dennoch aber mit den Lippen sich zu ihm bekannte.

Nachdem wir so den Heerd des Uebels nachgewiesen zu haben glauben, dürfte die Darstellung der subjektiven und objektiven Theorie für uns gleich lehrreich sein. Jene wird uns zeigen, wohin wir gerathen wären, hätten wir aus der italienischen Doktrin die folgerechten Conklusionen gezogen, diese, wie alle Verbesserungsversuche vergeblich sind, wenn die Basis, auf der man sich bewegt, den Halt versagt. Dabei wollen wir uns, was die subjektive Theorie anlangt, vorzugsweise mit den Systemen von Köstlin und von v. Buri beschäftigen, nicht blos, weil dieselben verhältnissmässig am consequentesten vorgegangen sind, sondern auch aus dem Grunde, weil wir sonst in die Litteratur vor Zachariae zurückgreifen müssten — eine Litteratur, von der es mir scheinen will, dass sie bereits von anderer Seite zu erschöpfend berücksichtigt worden ist, um einer erneuten Beleuchtung zu bedürfen.

A. Die subjektive Theorie.

§ 5.

Die Theorie von Köstlin.

Köstlin sieht das Charakteristische des Versuches darin, dass die objektive Seite der Handlung sich als die unvollkommene Erscheinung der Subjektivität in der doppelten Weise zeigt, „dass sie nicht die Extensivität hat, welche im Willen lag, und dass sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält.“[1] Damit will er sagen, dass die Eigenthümlichkeit des Versuches in der Incongruenz zwischen Willen und That bestehe, indem das Geschehene hinter dem, was geschehen sollte, zurückbleibe und darum nur durch die darüber hinausgehende Absicht rechtliche Relevanz erlange. Zugleich sieht er darin das den Gegensatz zwischen dem versuchten und fahrlässigen Delikt begründende Moment.[2] Weder ist diese Auffassung originell noch ist sie richtig.

Denn die Lehre, zu der sich somit Köstlin bekennt, dass Conat und Culpa insofern im entgegengesetzten Polarverhältniss stehen, als dort mehr gewollt als geschehen, hier mehr geschehen als gewollt sei, ist keineswegs so neueren Datums als allgemein angenommen wird.[3] Vielmehr hat schon Baldus sie dahin ausgedrückt, dass es in zwei Fällen vorkommt, dass Jemand aliter delinquit quam cogitaverit, wenn er nämlich mehr bedacht als gethan oder mehr gethan als bedacht habe. Dort sei Fahrlässigkeit hier Versuch vorhanden.[4]

---

[1] Köstlin: Neue Revision § 118 S. 339. Derselbe: System § 81 S. 214.

[2] a. a. O. Revision S. 443.

[3] Binding: die Normen und ihre Uebertretungen. Bd. II § 43 S. 164.

[4] Baldus ad L.: si quis non dicam rapere Cod. de episc. et clericis (1. 3). Das non cogitare et agere et perficere und das cogitare et agere et non perficere des Angelus Aretinus, de malificiis tractatus. Rubric.

Mit Recht ist jedoch hiergegen eingewendet worden, dass man damit bei der Zurechnung in Verlegenheit komme. Denn da jede Schuld eine Willensschuld ist, so würde man bei der Culpa den Erfolg, als nicht gewollt, nicht imputiren können, während man die Handlung, aus der er hervorging, als dolose bestrafen müsste. Beim Versuch hingegen könnte man den zur Vollendung fehlenden Theil, als nicht objektivirt, nicht in Betracht ziehen, soweit dagegen das Geschehene mit dem Gewollten übereinstimmt, käme man wiederum auf eine vorsätzliche Handlung, so dass Culpa und Versuch gemeinschaftlich dolose Delikte wären und sich nur dadurch unterschieden, dass dort die Ursache zum Erfolge gesetzt, hier aber nicht gesetzt ist. Das culpose Verbrechen müsste deshalb für strafwürdiger erachtet werden als das dolose, weil die in beiden Fällen gleichmässig vorsätzliche Handlung dort sich bis zur Erzeugung der Rechtsverletzung entwickelt, hier dagegen den Keim einer solchen nicht in sich trägt.[5]

Köstlin kann deshalb auch nicht, wie er annimmt, aus dem Grundgedanken, von dem er ausgeht, Consequenzen ziehen, sondern er muss ihn erst für seine Theorie zustutzen, um ihn praktikabel zu machen. Dies thut er dadurch, dass er das cogitare der Italiener zur formellen Absicht umbildet[6] und sodann ohne jede weitere Motivirung die Behauptung aufstellt, dass nur in zwei Fällen „das Thatmoment die unangemessene Erscheinung des Willensmomentes“ sei, entweder, wenn der Wille in seinem successiven Uebertritt in die Aussenwelt verhindert werde, oder wenn unter den von dem Handelnden vorausgesetzten objektiven Umständen solche seien, welche die ins objektive Dasein übertretende Absicht sich nicht in ihrem vollen Umfang verwirklichen lassen, während die von ihm vorausgesetzten hierzu geeignet gewesen wären.[7]

---

de poenis reorum drückt der Sache nach wohl auch schon früher den gleichen Gedanken aus.

[5] Binding a. a. O. Bd. II S. 166 und 167.

[6] N. Revision S. 345. System S. 221.

[7] N. Revision § 120 S. 353. System § 83 S. 223.

Warum Köstlin erst einen so grossen Umweg nimmt, um zu einem Satze zu gelangen, den er schliesslich doch unbewiesen lässt, bleibt freilich unaufgeklärt; jedenfalls wäre sein Verständniss nicht erschwert worden, wenn er von vornherein als die objektiven charakteristischen Merkmale des Versuches den Irrthum des Handelnden oder Verhinderung seiner Thätigkeit bezeichnet hätte. Schon hierin liegt aber eine ganze Reihe von Unrichtigkeiten.

Zunächst nämlich werden dadurch zwei Arten des Versuches geschaffen, von denen der eine es nur mit dem Willensmoment im engeren Sinne, der andere mit der Vorstellung zu thun hat. In der Neuen Revision erkennt dies auch Köstlin als ganz zutreffend an, indem er dem s. g. normalen Versuch die Verhinderung des Uebertritts des Willens in die Aussenwelt, dem s. g. untauglichen Versuch aber den Irrthum charakteristisch sein lässt.[8] In seinem System dagegen erklärt er für den einen wie für den anderen die Divergenz zwischen Wirklichkeit und Vorstellung für wesentlich.[9] Aber weder die frühere Consequenz noch die spätere Inconsequenz vermögen seine Lehre zu stützen.

Denn der erste Einwand, der sich gegen sie erheben lässt, besteht darin, dass die Combinationen von beiden Merkmalen zur Annahme eines Versuches vom Versuche führen würde. Er bleibt auch gegen die Modifikation bestehen, die Köstlin in seinem System macht, da er ungeachtet der Behauptung, dass ausschliesslich der Irrthum den Eintritt der Vollendung hindert, dennoch noch immer an dem Requisit der Unterbrechung der auf die Vollendung eines Verbrechens gerichteten Thätigkeit festhält.[10] Sodann ist die Verwechslung von Anfang und Versuch leicht merklich. Die Verhinderung des Uebertritts des Willens in die Aussenwelt braucht nur innerhalb einer Handlung zu erfolgen, welche das Gesetz nach den Merkmalen, unter denen

---

[8] a. a. O. S. 355 und 356.
[9] a. a. O. S. 224.
[10] a. a. O. S. 223.

sie zur Erscheinung kommt, charakterisirt, und diese so unzulässige Identificirung tritt von selbst zu Tage. Weiter würde der beendete Versuch zum vollendeten Verbrechen erklärt werden müssen, weil der Wille an den Endpunkt der Strecke, die er zu durchlaufen sich vorgesetzt hat, auch gelangt ist. Die Versicherung von Köstlin, dass dies trotzdem so lange nicht der Fall sei, als nicht die zum Thatbestand eines Verbrechens gehörige Wirkung eingetreten wäre,[11] vermag daran nichts zu ändern, da es unerfindlich bleibt, inwiefern der Wille über das selbst gesetzte Ziel hinaus ins objektive Dasein hätte übertreten sollen. Wer dem aufwartenden Diener das Gift in die Hände spielt, welches dessen Herr geniessen soll, hat ohne eingetretene Unterbrechung die That begangen, bis zu der er überhaupt vorschreiten wollte. Endlich müsste jeder Irrthum des Thäters die Folge haben, dass der Versuch an die Stelle der Vollendung tritt. Allein der Erfolg kann der unrichtigen Vorstellung ungeachtet zur Existenz gelangen. Das Wasser, das zu seicht ist, den Tod durch Ertränken herbeizuführen, schützt noch nicht vor einem Schlaganfall. Köstlin macht deshalb in seinem System abermals eine Neuerung. Nicht bloss eine falsche Vorstellung, sondern auch eine falsche Berechnung des Causalzusammenhanges soll den Versuch von der Vollendung unterscheiden.[12] Wir werden auf diese Ansicht bei Gelegenheit der Haelschner'schen Theorie näher einzugehen Gelegenheit haben, hier wollen wir uns daher nur auf wenige Bemerkungen zu ihrer Widerlegung beschränken. Abgesehen von der Frage, ob man hier überhaupt noch von einem Irrthum im juristischen Sinne zu sprechen befugt ist, lehrt die Erfahrung, dass der Erfolg bisweilen des unrichtigen Calkuls ungeachtet eintritt. Wer in die Brust eines Anderen den Dolch stösst und dabei anstatt des Herzens die Lungenspitze trifft, bleibt Mörder, auch wenn der Tod nicht durch die Verletzung eines

[11] N. Revison S. 335.
[12] System S. 224.

Organs, sondern durch ein Wundfieber entsteht, das während der Reconvalescenz wider jede Voraussicht sich einstellt. Die so häufig in der Versuchslehre wiederkehrende Behauptung, dass eine richtige Berechnung des Causalzusammenhanges die Consummation bewirke,[13] übersieht nicht nur, dass ein Kopfexempel keine causale Natur hat, sondern sie verlangt auch überdies, dass entweder der Verbrecher die Gabe besitze, mehr als jeder andere Sterbliche in die ferne Zukunft zu schauen, oder sie wähnt, dass jede Abweichung von der in der Idee gebildeten Kette das Misslingen der That nach sich ziehe.

Obwohl danach Köstlin es an Mannigfaltigkeiten nicht hat fehlen lassen, um das Wesen des Versuches aufzuklären, sieht er sich doch genöthigt, zu ihnen noch eine neue hinzuzufügen. Denn während er bisher nur von der Absicht gesprochen hat, welche auf die Vollendung eines Verbrechens gerichtet war, wendet er sich nunmehr zu der, die sich auf dessen Begehung bezieht.[14] Dies ist aber ein wesentlicher Unterschied, wenn er auch freilich weder von den Italienern noch von späteren Schriftstellern genügend gewürdigt und deshalb auch von uns bisher nicht sonderlich urgirt worden ist. Denn dort bewegt sich der Wille bereits auf der verbrecherischen Bahn, oder innerhalb des Stadiums, das man heut zu Tage als Ausführung zu bezeichnen pflegt, hier dagegen bricht er am Anfangspunkt des Verbrechens ab. Wer beispielsweise von der Absicht, einen Mord zu verüben, redet, lässt den Willen sich auf die Handlung richten, aus der der Tod eines Menschen als deren Wirkung hervorgehen soll, wer dagegen den Unterschied zwischen versuchtem und vollendetem Mord abhandelt,

---

[13] Hälschner: System des preuss. Strafrechts. Bd. I S. 186—190. Walther a. a. O. (krit. Vierteljahrsschrift Bd. V) S. 35. 36. 47. 55. Herz: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln. S. 52. Häberlin: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln im Gerichtssaal pro 1864 (17. Jahrg.) S. 232 u. a. a. O. Lammasch: Das Moment der obj. Gefährlichkeit pp. S. 28—30 u. a. m.

[14] N. Revision § 121 S. 376 fg. System § 84 S. 231.

operirt mit einem Willen, der sich bereits in einer solchen Handlung verkörpert hat. Der Wille, ein Verbrechen zu begehen, differirt somit von dem, es zu vollenden, darin, dass in jenem Falle seine Objektivirung noch einer zweiten Handlung bedarf, um zum begonnenen, versuchten oder vollendeten Verbrechen zu werden, während in diesem eine solche Vermittlung nicht mehr erforderlich ist. Dort wird der Wille auf den geschlossenen Verbrechensbegriff, hier dagegen auf den Endpunkt einer Handlung, auf deren Zweck oder auf deren Erfolg, also auf Momente bezogen, von deren Eintritt oder Verwirklichung die Consummation des Verbrechens bedingt ist. Dort geht die Absicht der verbrecherischen Thätigkeit voran, hier ist sie die Begleiterin derselben, dort ist sie durch das Bewusstsein der objektiven Merkmale des Thatbestandes qualificirt, während hier der Wille im Gegensatz zum Wissen in Betracht kommt. Man muss daher, je nachdem man mit dem Willen in diesem oder jenem Sinne operirt, zu verschiedenen Resultaten gelangen.

In der That ist nunmehr auch die Auffassung von Köstlin über das Wesen des Versuches total verschieden von der, welche er bisher vertreten hat. Denn nunmehr erklärt er jede Handlung, in der Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, für Conat.[15] Da nun aber der faktische Irrthum, wie er selbst hervorhebt, auf die Absicht keinen Einfluss ausübt,[16] so haben wir es mit einer neuen Art des Versuches zu thun, die im Gegensatz zu der, bei welcher die Divergenz zwischen Wirklichkeit und Vorstellung eine Rolle spielt, hiermit nichts zu schaffen hat. Zugleich wird damit der Grundgedanke, von dem Köstlin ausgeht, auf das Heftigste erschüttert. Denn nunmehr ist es ganz unerfindlich, wie das Thatmoment die unangemessene Erscheinung des Willensmomentes sein sollte. Das Geschehene entspricht vielmehr genau dem Willen, und es

[15] N. Revision S. 377 und S. 380 fg. System S. 231 und 233.
[16] N. Revision S. 358.

bleibt genau das ungeschehen, was noch ungeschehen bleiben soll. Wer sich die Mittel beschafft, um ein Verbrechen zu begehen, hat in dem, was er that, und in dem, was er unterliess, das getreue Spiegelbild seines Willens der Aussenwelt gegeben.

Köstlin verkennt dies Alles aber in dem Maasse, dass er glaubt, noch immer systematisch vorzugehen. Anstatt sich nämlich zu sagen, dass er bereits das Verhältniss des Willensmomentes zum Thatmoment durch seine bisherige Auseinandersetzung erörtert habe, indem die Absicht auf die Vollendung gehen soll, während die Handlung in Folge eines Irrthums oder eines Hindernisses ihr Ziel nicht erreiche, vermengt er damit die ganz verschiedene Frage, ob die Strafbarkeit des Versuches in der Manifestirung des verbrecherischen Willens liege, oder ob bei ihm die Handlung eine selbständige Bedeutung habe, und gelangt dadurch, dass er sich für die erstere Alternative entscheidet, zu seiner soeben besprochenen neuen Auffassung über das Wesen des Versuches.[17]

Dass der Begriff so zu weit gefasst sei, haben wir bereits nachgewiesen, so dass wir uns mit Köstlin nur noch darüber auseinanderzusetzen haben, ob die Möglichkeit des Versuches bei allen dolosen Delikten, insbesondere auch bei der Verbalinjurie, gegeben erscheint. Für die Bejahung dieser Frage werden von ihm zwei Argumente angeführt; einmal sei es auch bei der Beleidigung denkbar, dass der Wille in seinem successiven Uebertreten gehemmt und somit die Handlung unterbrochen werde, und sodann könne auch schon das vorangehende Benehmen den animus injuriandi hinreichend verrathen.[18] Von diesen beiden Gründen hat nur der erste sich des Beifalls in der Litteratur zu erfreuen gehabt, während der letztere mit der Bemerkung zurückgewiesen worden ist, dass er zur Bestrafung der nuda cogitatio

---

[17] N. Revision S. 377 fg. System § 84.

[18] N. Revision § 127 S. 440—442 und System S. 252.

führe.[19] Dennoch ist jener vom Standpunkt der herrschenden Lehre ungleich leichter zu widerlegen als dieser. Denn der Hinweis auf die Möglichkeit der Unterbrechung der Handlung deutet auf die Verwechslung vom Anfang und Versuch hin. Wenn daher alle diejenigen, welche die Frage, ob die Verbalinjurie einen Versuch zulasse zu einem Specialstudium gemacht und dabei auch zum Theil die Poesie zu Rathe gezogen haben,[20] heute darin übereinstimmen, dass ihre Bejahung deshalb geboten sei, weil man den Augenblick, in welchem die Sprachwerkzeuge in Bewegung gesetzt werden, von dem, in welchem der Laut an unser Ohr schlägt, unterscheiden könne,[21] so würde man damit, vorausgesetzt, dass wir in der That fähig wären, mit unseren Sinnesorganen eine solche momentane Thätigkeit in zeitliche Theile zu zerlegen nur den Gegensatz zwischen einer begonnenen und vollendeten Aeusserung gewinnen.

Damit wäre die Motivirung von Köstlin, soweit sie anderweitig Anklang gefunden hat, widerlegt, so weit sie hingegen nicht gebilligt worden ist, steht ihr nicht das gegen sie vorgebrachte Argument entgegen, vielmehr lässt sie sich nur durch einen Angriff auf das ganze System, von dem der Versuch der Verbalinjurie nur ein vereinzelter Ausfluss ist, bekämpfen. Denn wenn man zunächst die übliche Definition des Versuches mit der Handlung desjenigen vergleicht, der sich in das Haus eines Andern, in der Absicht, ihn zu beleidigen, begiebt, so wird man zugestehen müssen, dass man willkürlich handelt, wenn man das Ver-

---

[19] Hiller: Die Versuchslehre des österreichischen Strafrechts in Gruenhut's Zeitschrift Bd. V (1878) S. 289—293.

[20] Otto: Vom Versuch der Verbrechen S. 41 beruft sich zum Nachweis dafür, dass man den Mund in verschiedener Absicht öffnen könne auf die Schiller'schen Verse:

Muss man den Mund doch
Nicht weiter aufmachen zu einem „Helf Gott!“
Als zu einem „Kreuz Sackerlot.“

[21] Hiller a. a. O. S. 292. 293. Herz a. a. O. S. 12. Otto a. a. O. S. 41.

hältniss von Obersatz zu Untersatz negirt. Sodann kann von der Bestrafung des blossen Entschlusses nicht die Rede sein; die Absicht, ein Delikt zu begehen, hat sich objektivirt. Es ist unerfindlich, weshalb man dies von demjenigen, der sich in ein fremdes Haus am hellen Tage einschleicht, um sofort einen Diebstahl zu begehen, zugiebt, und von demjenigen, der sich dorthin in injuriöser Absicht begiebt, in Abrede stellt. Endlich wird doch ziemlich allgemein angenommen, dass die Vorbereitung Versuch, wenn auch nicht strafbarer Versuch sei, consequenter Weise müsste man daher in einer Handlung, die zu einer Beleidigung führen soll, zwar eine straflose, aber immerhin doch eine versuchte Verbalinjurie sehen. Demnach hat man nur die Wahl: entweder mit uns die Absicht, ein Verbrechen zu begehen, von dem in der Deliktshandlung enthaltenen Willen zu sondern und so lange von der nuda cogitatio zu sprechen, als dieser nicht bethätigt ist, und weiter mit uns die Lehre, dass eine Mittelshandlung der Versuch einer Zweckhandlung sei, zu verwerfen, oder mit Köstlin einen Versuch der Verbalinjurie anzunehmen, auch wenn nicht der Laut eines Wortes zum Vorschein gekommen ist.

Das ist die Bedeutung der so unscheinlichen, der Praxis unbekannten Controverse für die Versuchslehre, und deshalb möchte ich den Ausspruch von Osenbrüggen, dass es sich bei ihr um eine ebenso unbedeutende wie minutiöse Mikroskopie handele,[22] auf Köstlin nicht anwenden.

Ist aber nur die Alternative gegeben, alle Folgerungen des Begriffs mit in den Kauf zu nehmen oder mit ihm zu brechen, so wird man sich, so schwer es auch sein mag, sich von einer langen Tradition loszusagen, dennoch dazu entscheiden müssen. Denn wenn eine Handlung in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, Versuch wäre, so könnte sie auch nur in ihrer Eigenschaft als Versuch dieses Verbrechens gestraft werden. Ob man dabei nur ausnahms-

---

[22] Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht. Bd. I S. 249.

oder principiell eine solche That mit Strafe belegt, berührt nur den Umfang, nicht die Richtigkeit der gezogenen Folgerung. Mit ihr kann sich aber nur der Anhänger der Präventionstheorie befreunden, da damit das Geschehene nicht um seiner selbst willen, sondern als die Manifestirung einer auf eine künftige Uebelthat gerichteten Absicht für strafbar erklärt wird. Köstlin spricht dies auch in der That mehr und minder deutlich an verschiedenen Stellen aus. So stellt er die Behauptung auf, dass man nur dann ein Recht habe von einem verbrecherischen Versuche zu reden, wenn man „die äussere Handlung als die Erscheinung des in ihr hervorgetretenen subjektiven Wesens auffasst“,[23] d. h. wenn man sie als die Manifestation des auf ein zu begehendes Delikt gerichteten Willens behandelt. An einer andern Stelle bemerkt er, dass beim Versuch die objektive Seite der Handlung „die untergeordnete und unselbständige Bedeutung der blossen, für sich nichts bedeutenden, nur durch das in ihr hervortretende Wesen bestimmten Erscheinung habe“,[24] d. h. nur in soweit in Betracht komme, als sie Aufschluss darüber gebe, dass ein bestimmtes Verbrechen gewollt sei. Ein gleicher Sinn liegt auch seinen weiteren Worten zu Grunde:

> *„So lange das Subjekt blos auf dem Wege und in der Arbeit ist, sich in die Objektivität hineinzulegen, ist diese das schlechthin Bestimmbare; die Handlung erhält ihre verbrecherische Bedeutung allein durch den Willen, der in ihr erscheint.“*[25]

Bei dieser Auffassung kann aber die Versuchsstrafe nur eine Verdachtsstrafe sein, da die Handlung im Wesentlichen zu einem blossen Beweismittel für die verbrecherische Absicht herabgedrückt wird. Wie Köstlin dies mit der Strafrechtstheorie, zu der er sich im Uebrigen bekennt, vereinigen will, ist freilich eine andere Frage. Ebensowenig soll hier über seine Auffassung des römischen Rechtes, wonach es

---

[23] N. Revision S. 386.
[24] a. a. O. S. 394.
[25] a. a. O. S. 394.

das Thatmoment als unwesentlich angesehen, vielmehr nur den bösen Willen berücksichtigt und deshalb in Gefahr geschwebt habe, die nuda cogitatio zu bestrafen,[26] gerechtet werden. Jedenfalls ist seine Lehre, soweit sie darauf hinausläuft, dass die Versuchsstrafe sich gegen ein zukünftiges Unrecht wenden müsse, eine Rückkehr zu dem Satze: punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur. Die Unhaltbarkeit desselben ist heut zu Tage so allgemein anerkannt, dass er einer Widerlegung unsererseits nicht mehr bedarf. Damit fällt aber die Möglichkeit, das tendere ad delinquendum als Versuch aufzufassen und die Vorbereitungshandlungen sind schon dadurch seinem Gebiete entrückt, ohne dass wir noch an die Entwickelung seines Begriffes herangegangen wären. Ist es ungerechtfertigt, die Zubereitung von Gift als conatus parricidii zu bestrafen, so kann auch nicht eine Handlung, in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, die Eigenschaften des Versuches an sich tragen.

Aber nicht einmal den Vorzug der Consequenz können wir Köstlin zugestehen, da er die Polizeivergehen von dem Princip, dass jedes dolose Delikt einen Versuch zulasse, eximirt.[26] Mutato nomine hat schon die Glosse sich zu einer[26a] ähnlichen Anschauung bekannt; die delicta leviora spielen in ihr eine ganz gleiche Rolle.[27] Abgesehen aber davon,

[26] N. Revision S. 362—364. [26a] a. a. O. S. 471 i. f. und S. 442.

[27] Seeger a. a. O. S. 12. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 96. Die Glosse bedient sich des Ausdruckes crimina non atrociora, während der „delicta levia“ erst später vorkommt z. B. bei Bartholus de Saxoferrato ad L. 11 D. 47. 10, der uns über sie folgenden Aufschluss giebt: Quaedam sunt delicta levia, quaedam gravia, quaedam graviora, quaedam gravissima. Levia delicta sunt, in quibus non requiritur dolus, ut damnum injuria datum. Item est delictum leve illud, in quo requiritur dolus, tamen committitur circa modicam rem, ut furtum rei modicae. Sunt et crimina levia, de quibus punitur exemplum. Quaedam sunt delicta graviora, ut crimina privata, quae requirunt dolum et magnum praejudicium pariunt et merentur magnam poenam, ut furtum rei magnae. Quaedam delicta sunt graviora, ut delicta publica, propter quae non imponitur poena mortis. Quaedam sunt delicta gravissima, ut delicta publica, propter quae imponitur poena mortis.

dass der Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeivergehen bis zum heutigen Tage ein mysteriöser geblieben ist, ist es zunächst unerfindlich, weshalb nicht bei den letzteren ebenso gut wie bei den ersteren eine Unterbrechung des succesive hervortretenden Willens denkbar sein sollte. Sodann steht die positive Gesetzgebung Köstlin entgegen. Denn wenn die Gesetzgebungen mit grosser Uebereinstimmung die Straflosigkeit der Uebertretungen anordnen,[28] so setzen sie damit die Möglichkeit, dass auch bei ihnen der Versuch vorkommen könne, voraus. Endlich liesse sich auch bei ihnen mit derselben Künstelei wie bei den Verbrechen ein subjektives, der Verletzung fähiges Recht construiren, und man könnte wohl von demjenigen, der unbefugt die Nachtglocke an einem fremden Hause ertönen lässt, ebenso gut behaupten, dass er das Recht auf nächtliche Ruhe beeinträchtigt habe, wie von dem Fälscher, dass er das auf die öffentliche bona fides angreife. Aber das ist nicht der einzige Widerspruch, in den sich Köstlin hier verwickelt. Denn da nach ihm der Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeivergehen darin bestehen soll, dass dort ein Recht verletzt, hier nur gefährdet wird, so bleibt es auffallend, weshalb er nicht dem Beispiel Martins folgend,[29] den Versuch aus der Reihe der Criminalverbrechen überhaupt streicht; soll man es doch bei ihm immer blos mit einem gefährlichen Willen, nie aber mit einer wirklichen, sondern stets nur mit einer scheinbaren Gefahr zu thun haben![30] Zwar macht er hiergegen geltend, dass beim Versuch wenigstens die Ab-

---

[28] § 336 preuss. Straf-G.-B. — § 43 R.-Str.-G. — Code pénal Art. 2 und 3. — Art. 51—53 des Belgischen Code vom 8. Juni 1867. — Art. 96 des Codice pénale vom $\frac{\text{29. November 1859}}{\text{17. Februar 1861}}$. — Wenn andere Codifikationen bei allen Delikten die Strafbarkeit des Versuches anordnen z. B. Sachsen Art. 39 des revid. Ges.-B. vom 1. October 1868; § 8 des österr. Ges. vom 27. Mai 1852, so spricht dies selbstredend noch mehr gegen Köstlin.

[29] Martin: Lehrbuch § 49.

[30] N. Revision S. 364. 366. 370. 371.

sicht auf eine Rechtsverletzung gehe,[31] aber damit legt er das Unterscheidungsmerkmal zwischen Polizeivergehen und Verbrechen in die Subjektivität, während dasselbe doch in der Verschiedenheit der objektiven Beschaffenheit der Handlung begründet sein soll. Wollte man aber nunmehr für die Verbrechen an dem Requisit des dolus festhalten, so müsste man wieder im Gegensatz zu Köstlin die culposen Delikte[32] unter die Polizeivergehen verweisen. Wie dem auch immer sein mag, jedenfalls soll der Versuch nach ihm stets nur eine vermeintliche Gefahr zu Wege bringen. Da er jedoch herausfühlt, dass er damit unzweifelhaft für die Fälle zu weit gehe, in welchen eine schwere Verletzung eingetreten ist, so schränkt er seine Behauptung sogleich wieder dahin ein, dass wenigstens der beabsichtigte Schaden nicht entstanden sei. Anstatt aber nunmehr anzuerkennen, dass Gefahr und beabsichtigte Folge ganz verschiedene Begriffe sind, fährt er, als wenn er damit den vorangegangenen Satz nur bekräftigt hätte, fort:[33]

> *Eben deshalb zeigt sich aber jede Handlung, die beim Versuch stehen bleibt, als eine blos scheinbar gefährliche, und es erscheint deshalb als völlig müssig und ungerechtfertigt, weiter darauf zu reflektiren, was hätte geschehen können, wenn es beim Versuch geblieben wäre.*

Wenn aber danach der taugliche Versuch vom untauglichen sich nicht unterscheiden lässt, und wenn weiter Kösllin zugiebt, dass dort wie hier die verbrecherische Absicht dieselbe ist, so kann es nur als Willkür bezeichnet werden, wenn man von einem solchen Standpunkt aus den einen für strafbarer als den andern erklärt.

Schon hier blickt das bereits mehrfach anderweitig hervorgehobene Schwanken Köstlins hervor, ob denn doch nicht das Thatmoment mehr Bedeutung habe, als er ihm

---

[31] System S. 246.

[32] a. a. O. § 68 S. 177 und 178 und N. Revision § 102 S. 241 und 242.

[33] N. Revision S. 371.

zuschreibt;[34] im weiteren Verlauf seiner Ausführungen wird er aber sich selbst so ungetreu, dass er schliesslich das strikte Gegentheil von dem vertheidigt, was er anfänglich behauptet hat. Zwar ist er noch darin consequent, dass er die Strafbarkeit des Versuches mit der Manifestation der verbrecherischen Absicht beginnen lässt, und es erscheint nur überflüssig, wenn er und seine Anhänger noch von Vorbereitungshandlungen sprechen und darunter solche verstehen, die noch keinen festen Entschluss bekunden.[35] Denn wenn man im Criminalrecht überhaupt mit einem noch nicht objektivirten Willen rechnen will, so wird man doch wohl wenigstens verlangen dürfen, dass das handelnde Subjekt mit seiner Berathung und Beschliessung zu Rande gekommen zu sein glaubt. Vielleicht liegt auch hierin eine Reminiscenz an die italienische Doktrin, die in foro divino zwischen dem leviter und plene assentiri unterscheidet, je nachdem der Wille sich mit dem Gedanken mehr oder minder befreundet.[36]

Dagegen ist schon der nächste Schritt ein Akt des Widerspruchs. Allseitig wird nämlich auch von den Anhängern der subjektiven Theorie anerkannt, dass die Drohung nicht Versuch des Verbrechens sei, mit welchem gedroht wird.[37] So richtig dies auch ist, so fehlt es doch dafür an jeder Begründung. Hat die Handlung nur die Bedeutung, den verbrecherischen Willen zur Erscheinung zu bringen, so vermag ich nicht einzusehen, dass sich der Beweis, dass ein Mord intendirt sei, sich besser durch den Ankauf eines Gewehrs als durch Aeusserungen und Geständnisse sollte

---

[34] v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht. S. 65—68. Hälschner: System Bd. I S. 209 und 210. van Swinderen a. a. O. S. 33—38. Geyer: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlung im Gerichtssal pro 1866 S. 82.

[35] v. Buri: Ueber das Wesen des Versuches in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 273. Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. S. 19. 20. Hepp a. a. O. (N. Arch. des Crim.-R.) pro 1836 S. 247.

[36] Menochius a. a. O. Liber II caus. 360. Angelus Arentinus: De maliticiis tractatus. De poenis reorum Nr. 5.

[37] Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums. S. 83. Köstlin: System S. 233. Krug a. a. O. S. 21.

führen lassen. Will man sich aber bei dem Argument von Köstlin beruhigen, dass zum Versuch Thaten gehören, und Worte nicht geeignet seien, den verbrecherischen Entschluss zu verrathen, so kommt man auch dadurch nicht weiter. Die Verbesserung auf der einen Seite ist nicht ohne die Verschlechterung auf der anderen erkauft; denn nunmehr kann man mit Recht fragen, weshalb die Drohung wieder die Kraft haben soll, den Thatbestand des Versuches in den Fällen zu erfüllen, in welchen sie Mittel zu einem Zweck ist, von dessen Erreichung die Consummation eines Verbrechens abhängt. Köstlin kommt deshalb hier in so arge Verlegenheit, dass er nunmehr erst den Versuch beginnen lässt, „wenn mit der thatsächlichen Hervorbringung des Verbrechens der Anfang gemacht ist.“[38] Warum er sich aber danach nicht zu der objektiven Theorie bekennt, warum er im Gegentheil ihren Anhängern vorwirft, sie hätten mit dem Art. 2 des Code pénal einen principlosen Satz aufgehascht,[39] bleibt unaufgeklärt, man müsste denn annehmen, dass Köstlin Verbrechen und verbrecherischen Entschluss für gleichbedeutend gehalten hätte.

Wenn aber weiter die objektive Seite der Handlung für sich keine Bedeutung in Anspruch nehmen soll, wenn Köstlin vielmehr die divergirende Auffassung als eine Rückkehr zu dem rohen Standpunkt des ältesten germanischen Rechtes bezeichnet,[40] so hat man nur die Wahl, entweder alle Akte der Versuchsthätigkeit für gleich strafbar zu erklären oder die Verschiedenheit ihrer Strafbarkeit von der Willensseite abzuleiten. Köstlin, dem es nicht entgeht, dass die erste Alternative zu den handgreiflichsten Ungerechtigkeiten führen würde, entscheidet sich daher für die zweite.[41] Aber auch so kann er dem Schicksal nicht entgehen, schliesslich denn doch dem objektiven Element eine grössere Bedeutung zuzuschreiben.

---

[38] N. Revision S. 386.

[39] System S. 236.

[40] N. Revision S. 364. 365.

[41] a. a. O. § 122 u. 124 und System § 85 und 86.

Er stellt nämlich als Grundregel auf, dass die Strafbarkeit der Versuchsthätigkeit von ihrem Anfangspunkt an bis zum Moment der Vollendung stetig wachse, indem mit jedem Schritt der verbrecherische Wille an Intensivität gewinne.[42] Wenn man auch zugeben kann, dass die Ausführung eines Verbrechens einen grösseren Grad der Energie erfordert, als die Beschäftigung mit den ihr vorangehenden Massnahmen, so leidet doch das daraus abstrahirte Princip an einer argen Uebertreibung. Es würde dazu führen, dass man beim Meineide die Zahl der gesprochenen Worte, beim betrüglichen Bankerutt im Fall des Beiseiteschaffens von Sachen die Distance zwischen dem Orte, an welchem der Thäter betroffen wurde und dem, aus dem die Entfernung geschah, beim unbefugten Auswandern eines Militairpflichtigen die Summe der zurückgelegten Kilometer in Betracht ziehen müsste, um für den Versuch die Strafe angemessen zu arbitriren, der unsinnigen Consequenzen bei den Fleischesverbrechen nicht zu gedenken. Ja man käme dazu, den Dieb, der mit der ganzen Raffinerie seines Gewerbes ausgerüstet, im Stande ist, die kunstvollsten Schlösser mit Leichtigkeit zu eröffnen milder zu bestrafen, als den Tölpel, der sich zu gleichem Zweck stundenlang erfolglos abquält. Liesse sich schon hiernach die Richtigkeit eines Principes in Frage stellen, welches die Strafe scheinbar nach der Tiefe der Verschuldung, in Wahrheit aber nach der zurückgelegten Strecke des Weges zwischen Entschluss und Vollendung bemessen lehrt, so zeigt sich seine Unzulänglichkeit noch mehr in den Fällen, in welchen der Verbrecher bis zum Endpunkt seiner Thätigkeit gelangt und deshalb nicht in der Lage ist, seinen Willen noch darüber hinaus zu objektiviren. Man müsste daher bei dem beendigten Versuch den eingetretenen Schaden bei der Strafzumessung ausser Betracht lassen. Dies erkennt zwar Köstlin als richtig an, er betont sogar ausdrücklich, dass der Versuch in seiner Eigenschaft als Erscheinung der darin manifestirten verbrecherischen Subjektivi-

[42] System 246. N. Revision S. 428—434.

tät von der äusserlichen Seite der Handlung gänzlich unbeeinflusst bleiben müsse.[43] Da er aber selbst nicht verkennt, dass die Durchführung dieses Grundsatzes mit dem Standpunkt unserer Wissenschaft unvereinbar ist, so glaubt er an ihm festhalten, seine Folgen aber dadurch vermeiden zu können, dass er erklärt, eine existent gewordene Rechtsverletzung bekunde stets insofern einen intensiveren Willen, als die Handlung mehr vorgeschritten sei.[44] Allein hier befindet er sich in einem doppelten Irrthum. Zunächst verwechselt er Thätigkeit und Erfolg, wenn er von einem jenseit derselben liegenden Ereigniss die Annäherung zur Vollendung bestimmt. Sodann übersieht er, dass er damit die eingetretene, wenn auch hinter der Absicht zurückbleibende Rechtsverletzung zu einem aliquoten Theil des Verbrechens macht, während zwischen beiden ein generischer Unterschied besteht. Derjenige, der einen Anderen nicht tödtlich verwundet, ist vom Morde ganz ebenso entfernt, wie derjenige, der einen Fehlschuss thut, nur durch die Grösse der Gefahr unterscheiden sich beide Fälle, aber hierauf soll ja nach Köstlin kein Werth gelegt werden. Die Berücksichtigung des Schadens bei der Strafzumessung kann daher nicht aus dem Fortschritt der Thätigkeit und der damit verbundenen grösseren Intensivität des Willens abgeleitet, sondern nur dadurch begründet werden, dass man dem objektiven Element zu seinem Recht verhilft. Der Grund aber, weshalb Köstlin dies in der Versuchslehre nicht thut, liegt darin, dass er nur die Alternative zwischen Manifestirung einer verbrecherischen Absicht und objektiver Rechtsverletzung kennt und deshalb unerwogen lässt, dass eine abweichende Würdigung des Thatmomentes noch nicht dazu führt, dasselbe von dem Eintritt eines materiellen Schadens zu bedingen. Dies zeigt insbesondere seine Polemik gegen Feuerbach, der den Versuch als eine objektiv gefährliche Handlung

[43] N. Revision S. 428.
[44] N. Revision S. 432.

charakterisirt hatte.[45] Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung mit deren Verwirklichung verwechselnd, macht er deshalb gegen ihn geltend, dass die Läsion eines Rechts zur Strafbarkeit einer Handlung nicht erforderlich sei und dass man den altgermanischen Standpunkt, den ganzen Fortschritt der Wissenschaft ignorirend, wiederherstellen würde, wollte man zum Thatbestand des Versuches einen materiellen Schaden verlangen.[46] Allein einen solchen Gedanken hat Feuerbach gar nicht ausgesprochen, und Köstlin thut ihm ein doppeltes Unrecht, indem er den Unterschied zwischen Polizeivergehen und Verbrechen auf den zwischen Rechtsverletzung und Rechtsgefährdung basirt,[47] und damit selber anerkennt, dass der eine Begriff nicht mit dem anderen zusammenfällt.

Aber noch deutlicher tritt die Unmöglichkeit, den Versuch nur als die Erscheinung einer verbrecherischen Absicht aufzufassen, durch die Art und Weise zu Tage, wie Köstlin den untauglichen Versuch vor der Gleichheit der Strafe mit dem tauglichen retten will. Denn er gesteht ein, dass die Bedeutungslosigkeit der Versuchshandlung es von selbst bedinge, dass die geringere Strafbarkeit von der subjektiven Seite hergeleitet werden müsse. Allein er vermag dies nicht zu thun, er muss sich vielmehr auf die Bemerkung beschränken, dass der untaugliche Versuch nicht zur Vollendung führen könne, weil das Wissen nicht dem Wollen entspreche.[48] Die verbrecherische Absicht wird jedoch durch das Mass des subjektiven Wissens nicht berührt, und der Hinweis, dass die Handlung nicht geeignet sei, den erstrebten Erfolg zu erreichen, misst ihr nicht den Werth bei, den sie nach der Vorstellung des Thäters hat, sondern den, der ihr vom objektiven Standpunkt aus zukommt. Köstlin

---

[45] Feuerbach a. a. O. § 42.

[46] N. Revision S. 359—365.

[47] a. a. O. § 181 S. 677 fg. und § 183 S. 691 fg. System § 17 und 18 S. 17 und 18.

[48] N. Revision S. 430. 431 und S. 429. System S. 246.

fühlt auch den Widerspruch, in den er sich hier verwickelt, heraus. Er sagt nämlich selbst:[49]

„*Bei oberflächlicher Betrachtung könnte es vielleicht nun doch scheinen, als ob der obigen Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen eine selbständige Berücksichtigung der objektiven Seite zu Grunde läge.*"

Man sollte danach meinen, dass Köstlin nunmehr eine so leichtfertige Beurtheilung seiner Argumente gebührend zurückweisen wird. Statt dessen fährt er fort:

„*Und in einem gewissen Sinne muss dies auch zugegeben werden.*"

Nach diesem Satze wieder wäre man wohl auf alles Andere mehr gefasst, als auf die Versicherung, dass in ihm nicht die geringste Inconsequenz gegenüber den zeitherigen Ausführungen liege. Anstatt jedoch die Harmonie seiner Lehre in allen ihren Theilen darzuthun, insbesondere aber den Nachweis zu führen, dass der Wille des Thäters beim tauglichen Versuch verworfener sei, als beim untauglichen, wiederholt er zunächst in weitläufigeren Worten das bereits geltend gemachte Argument, wonach die Rücksicht auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Eintrittes des beabsichtigten Erfolges den Grund für die verschiedene Beurtheilung der beiden Kategorieen bilden soll. Dabei vergisst er nicht blos, dass er bisher constant an der Behauptung festgehalten hat, dass der Begriff des Versuches vernichtet werden würde, wollte man ihn von der Gefährlichkeit der That,[50] mithin von der abstrakten Möglichkeit, zur Vollendung zu führen, abhängig machen, sondern es entgeht ihm auch, dass die Erwägung der Verschiedenheit der Folgen einer Handlung sich lediglich mit deren objektiver Seite beschäftigt. Trotzdem fährt er fort:

„*Allein es würde wieder (!) eine sehr oberflächliche Betrachtung sein, wenn man sagen wollte, dass hier die*

[49] N. Revision S. 432.
[50] System S. 226 und N. Revision S. 372.

objektive Beschaffenheit der Handlung für sich ins Gewicht falle",

da derjenige Thäter einen minder intensiven verbrecherischen Willen bekunde, bei welchem sein Wissen mit seinem Wollen in Widerspruch stehe.[51]

Köstlin greift aber mit diesem Argument zu einer leicht bemerklichen Supposition. Nicht das, was der Thäter weiss, steht mit dem, was er will, in Contrast, sondern das Maass seines Wissens stimmt nicht mit dem eines Physikers oder Chemikers von Fach überein. Von einem Widerspruch in seiner Subjektivität kann somit nicht die Rede sein. Wollte aber Köstlin sagen, dass derjenige eine geringere Verschuldung an den Tag lege, bei welchem eine Divergenz zwischen seiner Vorstellung und der Wirklichkeit vorhanden sei, so müsste er die gleiche Strafbarkeit für beide Arten des Versuches anerkennen; soll doch nach ihm auch dem tauglichen Versuch der Irrthum eigenthümlich sein.

In seinem System aber bricht Köstlin vollständig mit seiner in der Neuen Revision vertretenen Versuchslehre. Denn zur Manifestation der verbrecherischen Absicht kann eine bestimmte Charakteristik der Handlung nicht gefordert werden, da Alles nur darauf ankommt, aus dem Geschehenen den Nachweis zu führen, dass ein gewisses Verbrechen indentirt sei. Nichts desto weniger verlangt Köstlin nunmehr, dass die Handlung, wie sie in der Reflexion des Thäters lag, geeignet sei, die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen.[52] Dass er damit seine Grundanschauung über das Wesen des Versuchs aufgiebt und in's Lager der subjektiv-objektiven Theorie übergeht, will er zwar in Abrede stellen, allein vergeblich bemüht er sich, den Schein der Consequenz zu wahren. Weder vermag er einen inneren Unterschied zwischen den Fällen, in denen der Thäter ein von ihm für tauglich gehaltenes, aber nach aller Erfahrung absolut ungeeignetes Mittel anwendet, und allen übrigen, in denen ein

---

[51] N. Revision S. 433.

[52] System S. 228.

Irrthum einer unschädlichen Substanz eine giftige Eigenschaft zuschreibt, zu begründen, noch ist es richtig, dass man es bei ihm mit einer Absicht zu thun habe, die nur das Prädikat der unmoralischen verdiene und mit einer That, die der des Wahnverbrechers gleichstehe.[53] Denn wenn Köstlin hervorhebt, dass der Versuch dadurch bedingt sei, dass, abgesehen vom Irrthum, der Handelnde das Zutrauen zu sich haben müsse, dass er „kein todtes, sondern ein lebendiges Ei in den Weltzusammenhang lege, welches bei sonstiger günstiger Constellation das Causalitätsgesetz ausbrüten werde“, so passt dies genau ebenso auf denjenigen, der Sympathiemittel anwendet, von denen er sich in seinem beschränkten Wissen Erfolg verspricht. Wenn weiter Köstlin, und zwar mit Recht, die Absicht durch den faktischen Irrthum keine Alteration erleiden lässt,[54] so ist es willkürlich, wenn er ihm trotzdem unter Umständen die Wirkung beimisst, den dolus in unmoralische Gesinnung zu verwandeln. Wenn er endlich das Wahnverbrechen dahin charakterisirt,[55] dass Jemand in erlaubter Absicht handelt, während er gegen eine Norm zu verstossen glaubt, so dürfte das tertium comparationis für unsern Fall wohl kaum in einem andern Umstand zu finden sein, als in dem, in welchem es nach Köstlin nicht liegen soll: in der objektiven Ungefährlichkeit des einen wie des anderen Subjektes.

Gewissermassen die Probe auf die Unrichtigkeit der Köstlin'schen Theorie machen wir dadurch, dass wir schliesslich die Frage erörtern, wie es ihr gelungen ist, den Versuch vom Mangel im Thatbestand zu unterscheiden. Es ist dies vielleicht die wichtigste Untersuchung in der ganzen Lehre, da wir, so lange wir hierüber keine Klarheit haben, das Charakteristische des Begriffes noch nicht gefunden haben können. Eben deshalb halte ich es für nothwendig, hierauf

[53] System S. 229.
[54] N. Revision S. 358.
[55] System S. 225.

auch bei jeder anderen Theorie, mit der wir uns zu beschäftigen haben werden, zurückzukommen.

Auf unsere Frage ertheilt uns nun Köstlin die Antwort, dass Mangel im Thatbestand und Versuch insofern nicht identisch seien, als dort die Absicht des Handelnden nicht alle Merkmale des Verbrechensbegriffes umfasst, während sie dieselben hier vollständig in sich schliesse. Der Unterschied liegt somit, wie er sich ausdrückt, in der subjektiven Sphäre,[56] d. h. darin, dass der Thäter beim Versuch die Deliktsmerkmale in seine Vorstellung aufnimmt, während er beim Mangel im Thatbestand zwar glaubt, etwas Unerlaubtes zu thun, in Wahrheit aber gegen eine Vorschrift handelt, die nicht das positive Recht, sondern seine Phantasie aufstellt. Die Absicht, von der Köstlin hier spricht, ist somit eine Combination von Wissen und Wollen, so dass die Divergenz zwischen der individuellen Vorstellung und den Bedingungen, von welchen der Gesetzgeber seine Strafpflicht abhängig gemacht hat,[57] den Versuch zur Folge haben müsste. Dies ist aber keineswegs der Fall. Wer in dem Glauben handelt, vor einer competenten Behörde einen Meineid zu leisten, während ihn in Wirklichkeit ein übermüthiger Scherz vor eine Gesellschaft von Studenten citirt hat,[58] hat sich keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht, obwohl seine Absicht alle Begriffsmerkmale umfasst hat. Dies erkennt selbst Luden an, der zwar beim Ehebruch sich darüber hinwegsetzt, dass der Concumbent mit einer Person des anderen Geschlechts in dem vom Gesetz verlangten Rechtsverhältnisse stehe, nichtsdestoweniger den Versuch des Meineides von der Ableistung des Schwures vor dem zuständigen Gericht abhängig macht.[59]

---

[56] N. Revision S. 378—380. System S. 231 und 232.

[57] Binding a. a. O. Bd. I S. 13 und 14.

[58] Ich bin selbst einmal von einem jungen Menschen, der das Geschäft seines Vaters ererbt hatte, consultirt worden, ob er nicht besser thäte, seinen Kohlenmesser auf Treue und Ehrlichkeit zu vereidigen, da derselbe alsdann ja im Fall einer Unterschlagung wegen Meineides bestraft werden müsste.

[59] Luden a. a. O. S. 494 und S. 503.

Der Schwerpunkt der ganzen Lehre liegt aber darin, dass Köstlin erklärt: Beim vollendeten Verbrechen haben die Merkmale des Begriffes eine andere Bedeutung als beim versuchten. Dort müssen sie in Wirklichkeit vorhanden sein, hier brauchen sie nur in der Idee zu existiren. Deshalb erklärt er es für eine petitio principii, dass der Mord ein menschliches Wesen voraussetze.[60] Wenn es danach aber für den Versuch genügen soll, dass Jemand in dem irrigen Glauben handelt, einen Menschen vor sich zu haben, während er in Wahrheit eine Wachsfigur attaquirt, so würde es wohl in der Consequenz liegen, dass man Vollendung annimmt, sobald der Thäter wähnt, getödtet zu haben. Köstlin entgeht ihr dadurch, dass er bald mit seinem philosophischen, bald mit dem positivrechtlichen Verbrechensbegriff operirt. Die Berechtigung auf leibliche Unversehrtheit ist verletzt, der Mörder mag sein Ziel treffen oder fehlen, und deshalb müsste Köstlin in beiden Fällen vollendete Tödtung annehmen; wenn er sie trotzdem nach dem Erfolge scheidet, so kann ihn dabei nur die Rücksicht auf das Gesetz geleitet haben. Vielleicht noch deutlicher tritt der Zwiespalt seines Verbrechensbegriffes in dem hervor, was er über den versuchten Ehebruch sagt. Indem er über die Naivetät derer spottet, die den Thatbestand des Delikts erst durch die fleischliche Vereinigung erfüllt sehen, glaubt er das Recht dadurch idealisiren zu können, dass er mit der Verletzung der ehelichen Treue die Consummation eintreten lässt. Deshalb lehrt er, dass Ehebruch auch dann vorliege, wenn Jemand mit seiner eigenen Frau, sie irrthümlich für eine fremde haltend, den Beischlaf vollzieht.[61] Dass er trotzdem hier nur Versuch annimmt, kann wohl nur daraus erklärt werden, dass er nachträglich auch dem positiven Recht einigen Einfluss auf die Beurtheilung des Falles beimisst. Wie sich übrigens diese Lehre im Civilrecht ausnehmen und die Sache sich praktisch gestalten

[60] N. Revision S. 358 Note 2.
[61] a. a. O. S. 375.

würde, wenn eine Ehefrau unter den obwaltenden Umständen auf Scheidung wegen Verletzung der ehelichen Treue antragen wollte, können wir dahin gestellt sein lassen. Jedenfalls wird man sich mit ihr auch nicht im Criminalrecht befreunden können, da es durchaus unzulässig erscheint, sich bei den einzelnen Verbrechen einen doppelten Begriff zu construiren und den einen auf den Thatbestand des Versuches, den anderen auf den der Vollendung anzuwenden.

Im Resultate aber stimmt Köstlin genau mit Karpzow überein: Mangel im Thatbestand ist Milderungsgrund.[62] Nimmt der Dieb eine fremde Sache, so hat er die volle Strafe verdient, nimmt er in Folge einer Verwechslung die eigene, so ist er milder zu beurtheilen. Nur das non cogitare et agere et perficere ruft nach ihm ebensowenig ein versuchtes Delikt ins Leben wie nach den italienischen Praktikern. Damit schwindet der anscheinende Fortschritt, dass Mangel im Thatbestand und Versuch sich in subjektiver Sphäre unterscheiden von selbst; denn, bei Lichte besehen, sagt Köstlin damit nichts anderes als: die bona fides schliesst den dolus aus, wo aber der dolus vorliegt, fällt Mangel im Thatbestand und Versuch zusammen.

Aber ebensowenig wie ihm, ist es den anderweitigen Anhängern der subjektiven Theorie gelungen, zwischen beiden eine klare Grenze zu ziehen.

Pfotenhauer hält Mangel im Thatbestand und Versuch für generisch gleichartig und sieht den Unterschied zwischen ihnen nur darin, dass der eine Begriff einen grösseren Umfang habe als der andere. In beiden Fällen hätten wir es

---

[62] Nicht blos in der älteren Theorie, sondern auch in den Codifikationen begegnen wir dieser Ansicht cf. § 47 des österr. Ges.-B. — Als es sich bei der Revision des Code pénal im Jahre 1832 um die Frage handelte, ob nicht von dem Grundsatz der gleichen Strafbarkeit des Versuches und des vollendeten Verbrechens Abstand genommen werden sollte, wurde hiergegen das Argument vorgebracht, dass die Befugniss der Geschworenen, einem Angeklagten den ausbleibenden Erfolg als mildernden Umstand anzurechnen, eine Aenderung der Gesetzgebung überflüssig erscheinen lasse. cf. Chauveau und Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 573. 574 S. 168 und Zachariae a. a. O. Bd. II S. 226—228.

mit einem unvollständigen Verbrechen zu thun, in beiden sei die Anwendung der ordentlichen Strafe ausgeschlossen. Nur soviel sei zugegeben, dass zwar jeder Versuch ein Mangel im Thatbestand, nicht aber jeder Mangel im Thatbestand Versuch sei. Fehle ein die Strafbarkeit der That bedingendes Merkmal, so sei Mangel im Thatbestand vorhanden, fehle es dagegen an dem zur Consummation eines Verbrechens erforderlichen Thatbestand, so liege Versuch vor.[63]

Diese Auffassung scheint mir ebenso unrichtig wie unklar zu sein; unrichtig aus dem Grunde, weil auch der Versuch ein vollständiges Delikt ist, wenngleich er selbstredend nicht mit dem entsprechenden Verbrechen alle Begriffsmerkmale gemeinsam haben kann, und unklar aus dem Grunde, weil ich den Unterschied zwischen einem Merkmal im Thatbestande und einem solchen, von dessen Existenz die Strafbarkeit einer Handlung gesetzlich abhängt, nicht zu begreifen vermag.

Krug endlich, den ich wörtlich citiren will, weil ich seine Ausdrucksweise hier zu dunkel finde, um nicht mit der Möglichkeit eines Missverständnisses von meiner Seite zu rechnen, spricht sich über die uns gegenwärtig interessirende Frage wie folgt aus:[64]

„*Im Allgemeinen lässt sich das negative Moment des Versuches nur dahin bestimmen, dass noch nicht Alles vorhanden sein dürfe, was das Gesetz zum Thatbestand des fraglichen Verbrechens erfordert. Doch kommen nur die positiven Momente des Thatbestandes d. h. diejenigen, welche die Strafbarkeit begründen oder erhöhen, hier in Betracht. Fehlt ein negatives Moment d. h. ein Umstand, durch welchen das fragliche Verbrechen von anderen, schwereren Verbrechen unterschieden wird, so liegt nichts weniger als ein Versuch jenes leichteren Verbrechens, sondern vielmehr das damit verwandte schwerere Verbrechen, und zwar als ein vollendetes vor. Hat der Verbrecher das*

---

[63] Pfotenhauer a. a. O. S. 68—70.

[64] Krug a. a. O. S. 29 und 30.

Vorhandensein eines zum Thatbestand gehörigen positiven Moments irrthümlich vorausgesetzt, oder, was natürlich auf dasselbe hinausläuft, ist ein solches von ihm vorausgesetztes Moment nicht erweislich, z. B. die uneheliche Mutter wirft ihr Neugeborenes ins Wasser, um es zu tödten, es wird aber nicht erwiesen, dass dasselbe gelebt habe — so kann die That ebenfalls nur als Versuch bestraft werden, jedoch nur als Versuch an einem Gegenstande, an welchem ein Verbrechen oder doch das fragliche Verbrechen (A. injuriirt einen Menschen, indem er ihn für einen König hält) nicht begangen werden kann. Diesem Fall analog ist der, wenn sich der Thäter über ein bei dem fraglichen Verbrechen vorausgesetztes persönliches Verhältniss, überhaupt über einen die Strafbarkeit bedingenden oder erhöhenden Umstand, geirrt hat. Der blosse Irrthum in der Person oder im Objekt macht die That nicht zum Versuch, es müsste denn, wie in dem vorangeführten Beispiele gerade die Person des Verletzten, oder das Verhältniss des Verbrechers zu derselben (A. concumbirt mit einer Person, die er irrthümlich für seine Schwester ansieht) oder die Eigenschaft des Objekts (B. entwendet seinen eigenen Rock, indem er ihn irrthümlich für einen fremden hält) die Strafbarkeit der That begründen oder erhöhen.“

Verstehe ich ihn recht, so will er damit sagen, dass man zwischen den Merkmalen des Verbrechensbegriffes und denjenigen Umständen distinguiren müsse, welche innerhalb derselben Verbrechensart die gesetzlichen Auszeichnungsgründe bilden. Die irrige Vorstellung von einem Deliktsmerkmal begründe den s. g. untauglichen Versuch, womit die Fälle nicht confundirt werden dürften, in denen der Thäter das Objekt oder die Person, gegen die sich seine Handlung richtet, mit einem in den Augen des Gesetzgebers gleichwerthigen Rechtsgut verwechsele und eben deshalb, seines Irrthums ungeachtet, sich eines vollendeten Verbrechens schuldig mache.

Bezüglich der gesetzlichen Auszeichnungsgründe sei

wiederum zwischen den qualificirten und privilegirten Delikten zu unterscheiden. Hier habe der Mangel des die geringere Strafbarkeit bedingenden Umstandes die Consummation, dort dagegen die irrige Annahme der Existenz des Erschwerungsmomentes den Versuch des schwereren Verbrechens zur Folge.

Abgesehen davon, dass die Gegensätze bei den Qualifikationsgründen nicht correkt gebildet sind, indem dem Mangel eines privilegirenden Momentes der Irrthum über einen erschwerenden Umstand gegenübergestellt bleibt, abgesehen weiter davon, dass die ganze Unterscheidung zwischen negativen und positiven Momenten von problematischem Werthe erscheint, finden wir, genau genommen, nur die Köstlin'sche Lehre in complicirterer Gestalt wieder. Denn Alles, was Krug sagt, lässt sich — von dem selbstverständlichen Satze abgesehen, dass ein strafmildernder Umstand, der nicht vorhanden ist, auch nicht in Anrechnung gebracht werden kann — in die Worte zusammenfassen: Hat der Thäter von dem Vorhandensein eines Deliktsmerkmals oder einem Qualifikationsgrunde keine Vorstellung, so hindert sein guter Glaube die Anwendung des Gesetzes überhaupt, beziehungsweise des schwereren Gesetzes. Hat er dagegen zu Unrecht das eine oder andere supponirt, so ist er des Versuches des einfachen resp. des qualificirten Verbrechens schuldig.

So auffallend es auch für den ersten Blick erscheint, dass der Irrthum dort anders wirken soll, wie hier, so liegt doch darin keine Inconsequenz, da die Verschiedenheit der Voraussetzung nicht verkannt werden kann, indem dem rechtlich indifferenten Willen der verbrecherische Entschluss gegenübergestellt wird. Soweit aber dolus vorliegt, so weit wird auch Mangel des Thatbestandes und Versuch für gleichbedeutend erklärt. Der Vorsatz, der eine Bedingung, von deren Existenz der Gesetzgeber den Thatbestand eines Delikts abhängig gemacht hat, hervorzuzaubern nicht im Stande ist, wird, weil er eben deshalb nicht als vollendetes Verbrechen mit der ordentlichen Strafe belegt

werden kann, unter der Bezeichnung „Versuch" milder geahndet. Der Mangel im Thatbestand bleibt somit Milderungsgrund; nur der Name hat sich geändert, die Sache selbst aber hat allen Wechsel der Zeiten überdauert.

---

§ 6.
Die Theorie von v. Buri.

Ueber alle diese Schwierigkeiten würden wir mit einem Schlage hinwegkommen, wenn wir uns der Theorie von v. Buri anzuschliessen vermöchten. Nach ihr soll nämlich der Versuch keinen objektiven Thatbestand haben, und nur dem vollendeten Verbrechen die Eigenthümlichkeit zukommen, von bestimmten Begriffsmerkmalen abhängig zu sein.[1] Wir wären somit in der Lage, denjenigen in Gemässheit der §§ 20 und 43 unseres Gesetzbuches zu bestrafen, der sich, in der Absicht einen Abort zu bewirken, in der Nacht mit einer Flasche an das Bett heranschleicht, in welchem anstatt seiner Geliebten irgend eine Person männlichen Geschlechts schläft, auch wenn sich hinterdrein herausstellen möchte, dass er ganz grundlos unwillkommene Vaterfreuden befürchtet, und dass überdies die von ihm consultirte kluge Frau des Städtchens mit schalkhafter Bosheit ein unschuldiges Elixir als ein von Muhme und Urahne erprobtes Abtreibungsmittel gepriesen habe.[2] Hier hätten

---

[1] v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht Giessen 1872. S. 53 fg. Die Lehre vom Versuch im Gerichtssaal pro 1867 (XIX. Jahrg.) S. 60 fg. Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt im Gerichtssaal pro 1868 S. 325 fg. In seiner Kritik der Hertz'schen Brochüre im Gerichtssaal pro 1875 (Jahrg. XXVII) S. 153—155. Der allgemeine Theil des Strafrechtes in dem Lehrbuch von H. Meyer im Gerichtssaal pro 1876 S. 181—191. Ueber das Wesen des Versuches in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 265 fg.

[2] Ich habe in einer Schwurgerichtsverhandlung fungirt, in welcher die Angeklagte geltend machte, sie habe ein Mittel gegeben, wodurch die Frucht erst recht befestigt werde; sie habe gewusst, dass der dumme Bauer reich genug sei, die Alimente zu bezahlen.

wir einen, wenn auch sicher in dieser Complikation kaum wahrscheinlichen, so doch immerhin denkbaren Fall, der auch nicht ein einziges Merkmal des Thatbestandes des beabsichtigten Verbrechens aufzuweisen vermag — und mithin einen echten Versuch im Sinne von v. Buri.

Die Praxis wird freilich, soweit ich mit ihr vertraut bin, unter den obwaltenden Umständen in hohem Masse Bedenken tragen, eine strafbare That anzunehmen. Wenn v. Buri dieselben nicht theilt, so liegt dies daran, dass er seine ganze Lehre auf einem handgreiflichen Trugschluss aufbaut. Er geht nämlich von der Voraussetzung aus, dass das vollendete Verbrechen sich aus einem subjektiven und objektiven Thatbestand zusammensetze, jener bestehe in dem durch die Handlung in erkennbarer Weise in die Aussenwelt getretenen Willen, dieser in der Gesammtheit der Merkmale, durch welche das Gesetz die objektive Seite der Rechtsverletzung charakterisire. Der Versuch könne nun nicht mit dem vollendeten Verbrechen alle Merkmale gemein haben. Mit dem Ausscheiden auch nur eines einzigen Momentes aber werde das Ganze bedeutungslos, und es läge mithin ein objektiver Thatbestand nicht mehr vor.[3]

v. Buri macht mithin in seiner Conklusion den Fehler, dass er aus seiner Prämisse nicht folgert, dass der Versuch in irgend einem Punkte einen von dem vollendeten Verbrechen abweichenden Thatbestand haben müsse, sondern daraus ableitet, dass ihm eine rechtlich bedeutsame objektive Seite überhaupt abgehe. Die richtige Erwägung, dass der Mangel auch nur eines einzigen der ein Delikt charakterisirenden Umstände den Thatbestand der Vollendung in Wegfall bringe, verleitet ihn zu dem nicht motivirten Schluss, dass damit zugleich auch der Thatbestand des Versuchs hinfällig werde. Er bewegt sich mithin genau in demselben circulus vitiosus, wie wenn Jemand so argumentiren wollte: Die Anstiftung zum Verbrechen setze gesetzlich die Begehung der That seitens des Angestifteten

---

[3] v. Buri: Abhandlungen S. 55.

voraus. Trete diese Folge nicht ein, so läge ein rechtlich bedeutungsloses Faktum vor, mithin habe die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens (§ 49a) keinen objektiven Thatbestand, und es käme daher gesetzlich nicht weiter darauf an, ob sie mündlich oder schriftlich, mit oder ohne Gewährung von Vortheilen erfolge.

Nichtsdestoweniger kommt v. Buri auf diese Deduktionen mehrfach zurück, und er erachtet sie durch die von ihm gewählten Beispiele für bekräftigt,[4] während sie dadurch meiner Ansicht nach nur noch mehr blos gestellt werden. So sagt er in seiner Abhandlung über das Wesen des Versuches:[5]

„*Ist ein Mensch von einem anderen Menschen getödtet worden, so liegt der objektive Thatbestand in seinem vollen Umfange vor, der Wille des Thäters mag auf die Herstellung des Thatbestandes gerichtet gewesen sein oder der Effekt seinem Willen widersprechen, die Tödtung mag schuldvoll oder zufällig, aus Nothwehr, durch einen zurechnungsfähigen Menschen oder einen unzurechnungsfähigen stattgefunden haben. So verhält es sich jedoch nicht beim Versuch des Verbrechens. Fehlt aus dem objektiven Thatbestand der Vollendung auch nur ein Moment, so entbehrt das Geschehene einer jeden objektiv-criminellen Bedeutung. Ist etwa ein Frauenzimmer zu Boden geworfen worden, so ist das objektiv betrachtet, ein strafrechtlich durchaus irrelevantes Geschehenes. Es liegt namentlich weder ein objektiver Theil eines Raubes, einer Nothzucht, noch eines Mordes vor. Darum kann aber auch dieser bedeutungslosen Materie durch den Willen, dass sie objektiv bedeutungsvoll sein, den objektiven Theil eines Raubes u. s. w. darstellen solle, eine solche Bedeutung nicht verliehen werden, einerlei, ob der Wille sich auf das Geschehene beschränkt, oder darüber hinaus-*

[4] v. Buri a. a. O. im Gerichtssaal pro 1867 S. 60 und 61. a. a. O. in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 265.

[5] a. a. O. S. 265 und 266.

greifend einem ferneren Ziele zugestrebt hatte, für dessen Erreichung das Geschehene lediglich als eine Etappe dienen sollte. Das an und für sich objektive bedeutungslose Niederwerfen eines Frauenzimmers erhält durch die Absicht, hierdurch eine Nothzucht u. s. w. zu ermöglichen gerade so wenig Bedeutung als ein auf einem Zimmerplatz liegender Baumstamm, welcher zum Zweck der Erbauung eines Hauses zugerichtet wird, hierdurch schon die Qualität eines objektiven Theiles des Hauses empfängt."

Dabei übersieht er jedoch zunächst, dass die Tödtung durch Zufall oder aus Wahnsinn für das Criminalrecht nicht bedeutungsvoller ist, als die durch Blitzschlag oder durch ein sonstiges Naturereigniss. Es gewinnt daher den Anschein, dass v. Buri den Tod überhaupt als ein strafrechtlich relevantes Faktum aufgefasst habe. Die Irrigkeit einer solchen Ansicht würde keiner Beleuchtung bedürfen. Wollte man ihm aber den allein richtigen Gedanken suppeditiren, dass eine Erscheinung in der Sinnenwelt nur dann für das Criminalrecht Bedeutung hat, wenn ein verantwortlicher Wille sie ins Leben gerufen hat, so müsste er zugestehen, dass es eine contradictio in adjecto ist, wenn er von einem objektiv erheblichen, von einer Schuld unabhängigen Thatbestand spricht und dass er, wenn er „die Herren vom objektiven Standpunkt" zur Ruhe verweist, bis sie beim Versuch den Nachweis einer solchen Combination geliefert haben würden,[6] ihnen damit Stillschweigen in alle Ewigkeit auferlegt. Ganz ebenso wie er beim Versuch betont, dass jede Handlung, objektiv betrachtet, eine erlaubte und dass mithin selbst das Vorbeischiessen an einem Menschen an sich nicht strafbar sei,[7] ganz ebenso hätte er sich sagen müssen, dass auch beim vollendeten Verbrechen, vom Schuldmomente abgesehen, die Objektivität criminalrechtlich indifferent und an sich nicht geeignet sei, eine Anklage wegen Tödtung zu rechtfertigen.

---

[6] v. Buri a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 314.

[7] a. a. O. Abh. S. 71.

Der Irrthum, dass mit dem Wegfall des Thatbestandes der Vollendung das Geschehene überhaupt jede objektive Bedeutung verliere, hat ihn somit in seinen Beispielen zu zwei unrichtigen Behauptungen geführt. Bei der Tödtung durch Zufall nimmt er ein criminalrechtlich belangreiches Faktum ohne Schuld und beim Versuch eine gleichgiltige That bei vorhandener Verschuldung an. Dort hätte sich der Strafrichter mit einem bedeutsamen Ereigniss ohne eine verantwortliche Person, hier mit einem zurechnungsfähigen Menschen ohne einen erheblichen Vorfall zu beschäftigen. Bei solcher Grundanschauung lässt sich aber meines Erachtens der Versuch nur dann für strafbar erklären, wenn man die nuda cogitatio zur Verantwortung zieht. v. Buri glaubt zwar diesen ihm mehrfach gemachten Einwand dadurch siegreich zurückzuweisen, dass er darauf aufmerksam macht, dass auch seine Theorie zur Anwendung der Strafe eine Handlung verlange.[7a] Allein dabei dürfte er verkennen, dass es juristisch keinen Unterschied macht, ob ein Ereigniss überhaupt nicht eingetreten oder ob das eingetretene rechtlich bedeutungslos ist. Der Diebstahl von Ascendenten an Descendenten interessirt unser Criminalrecht nicht mehr wie der Entschluss desjenigen, der im Zuchthaus daran denkt, den Tag seiner Freilassung zu neuen Freveltbaten zu benutzen.

Die Behauptung, dass der Versuch von der Thatsache aus betrachtet, für das Criminalrecht ohne Belang sei, ist aber weiter nicht blos theoretisch anfechtbar, sondern sie nimmt sich auch gegenüber der gesetzgeberischen Auffassung um so eigenthümlicher aus, als selbst die Todesstrafe nicht durchweg an die Bedingung des vollendeten Verbrechens geknüpft ist.[8]

Sogar das Schauspiel einer Hinrichtung um der Dinge willen, die wir nach der Theorie von v. Buri als die objektiv gleichgültigsten von der Welt betrachten müssten, bliebe uns nicht erspart.

[7a] a. a. O. (Gotd. Arch.) S. 271.

[8] § 80 Reichs-Str.-G.

Es wäre eine solche Lehre ganz unverständlich, würde sie nicht in einer falschen Auffassung von der Causalität einen vermeintlichen Stützpunkt finden. v. Buri ist nämlich der Ansicht, dass alle für einen bestimmten Erfolg wesentlichen Bedingungen von gleicher Wirksamkeit seien,[9] und er folgert daraus, dass erst mit dessen Eintritt das Geschehene Bedeutsamkeit erlange, durch dessen Ausbleiben sie verliere. So wendet er gegen Geyer ein, welcher die Meinung vertheidigt hatte, dass man von demjenigen, der einen bestimmten Weg zurücklegen wolle und gewissermassen von den Sprossen der Leiter, um deren Erklimmung es ihm zu thun sei, eine Anzahl erstiegen habe, wohl nicht bezweifeln könne, dass er zum Theil seine Absicht erreicht habe,[10] — dass man sich durch solche Beispiele nicht solle „verblüffen" lassen. Denn Alles käme darauf an, ob das Ziel erreicht werde oder nicht. Wer in die benachbarte Dorfschenke gehen wollte um sein Glas Bier zu trinken, unterwegs aber an einen Graben komme, den er nicht überspringen könne, habe die ganze Strecke vergeblich zurückgelegt und den Nachweis der Bedeutungslosigkeit seiner bisherigen Bemühungen geliefert.[11] In ähnlicher Weise macht er gegen die objektive Theorie geltend, dass sie zu Unrecht im Versuch ein causales Element erblicke.

„Denn — so führt er wörtlich fort[12] *— zwischen nichts und gar nichts besteht kein Unterschied; und wenn von zwei Jungen der eine weint, weil er keinen Kuchen erhalten habe, der andere aber triumphirt, dass er doch beinahe welchen erhalten habe, so haben doch beide in Wirklichkeit nichts erhalten. Derjenige, welcher soeben*

---

[9] Ueber Causalität und deren Verantwortung S. 1 fg. Gerichtssaal pro 1870 S. 1 fg.; Gerichtssaal pro 1875 S. 30; Gerichtssaal pro 1876 S. 171 fg. u. a. a. O.

[10] Geyer: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 73 und 75.

[11] a. a. O. Gerichtssaal pro 1867 S. 75.

[12] a. a. O. in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 272.

die Hand nach dem auf der Spitze eines Kletterbaums befindlichen Preise ausgestreckt hatte, als ihn die Kräfte verliessen, hat nicht mehr Causalität zu Wege gebracht, wie der, welcher nur ein geringes Stück an dem Baume hinaufgelangen konnte. Die Kräfte beider waren von vornherein unzureichend. Der Eine hatte sich als einen kräftigeren Kletterer erwiesen als der Andere, aber causal war Keiner. Dasselbe Verhältniss besteht zwischen demjenigen, von welchem der eine gleich von vornherein einen falschen Weg einschlug, der Andere aber erst später vom richtigen Wege abirrte. Und ebenso objektiv bedeutungslos ist es, ob die Kugel so nahe an dem Gegner vorbeistrich, dass er den Luftdruck spürte, oder ob dieselbe thurmhoch über ihn hinwegflog. In allen diesen Fällen ist gleichmässig die Objektivität von vornherein bedeutungslos und weniger als bedeutungslos kann sie nicht sein. Die Erwägung, dass doch aus dem Geschehenen das Ganze sich möglicher Weise hätte entwickeln können, ist lediglich eine subjektive; objektiv liegt in jedem nicht zur Vollendung gelangten Versuch die Fruchtlosigkeit des Strebens nach dem erstrebten Ziele von vornherein vor. Die Sache hätte von vornherein anders angepackt werden müssen. Der Anfang der Ausführung müsste gleich sein dem Anfang der Wirksamkeit; eine in ihrem Verlauf unterbrochene Wirksamkeit ist überhaupt keine. Man kann von einer Wirksamkeit für den Erfolg erst dann sprechen, wenn er wirklich eingetreten ist.“

Sehen wir ab von den beiden Kletterern, dem causalen wie dem nicht causalen, sehen wir ab von den beiden Knaben, tel qui rit et tel qui pleure, so ist der Sinn der ganzen Exemplification der: Hat Jemand sein Ziel erreicht, so ist sein Thun bedeutungsvoll, hat er es verfehlt, so ist es in allen seinen Theilen bedeutungslos. Die Rücksichtsnahme auf einen anderweitigen Ausgang ist dabei unzulässig, da nur mit den Faktoren des gegebenen Falles gerechnet werden darf.

Es will mir scheinen, dass wir es hier mit ebensoviel

Fehlern wie Sätzen zu thun haben. Denn weder sind die auf einen Erfolg influirenden Bedingungen von gleicher Wirksamkeit, noch kommt es auf das vom Thäter ins Auge gefasste Ziel an, noch nimmt man zu einer unzulässigen Abstraktion seine Zuflucht, wenn man den Verlauf einer Handlung, den sie ohne die eingetretene Unterbrechung gehabt haben würde, in Betracht zieht.

Um nicht schon hier in eine Kritik der Causalitätslehre von v. Buri einzutreten, will ich mich auf die Bemerkung beschränken, dass sie zu den wunderlichsten Resultaten führt. Bereits Meyer hat darauf hingewiesen, dass man doch denjenigen, der einem Anderen das Geld zu einer Reise leiht, auf der dieser sein Leben einbüsst, nicht als Mitursache zu dessen Tode betrachten könne, indess hat v. Buri hiergegen noch opponiren zu können geglaubt.[13] Ich muss daher zu anderen Beispielen greifen. Wären alle Momente, die zum Eintritt eines Erfolges geführt haben, von der gleichen causalen Beschaffenheit, so müsste man die Consequenz gelten lassen, dass die Begegnung von jungen Leuten auf einem Balle, die später für ihre Verehelichung entscheidend wurde, für die Geburt der Descendenz dieselbe Bedeutung habe wie der Akt der Zeugung. Ein Rendez-vous, eine Fensterpromenade, eine gemeinschaftliche Spazierfahrt wäre damit unter Umständen ein causales Element in der Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Ja man müsste sogar die hindernden Bedingungen als mitwirksam erachten. Verunglückte ein Luftschiffer durch einen Sturz von seinem Ballon aus, so würden wir die atmosphärische Luft, ohne die er nicht in die Höhe hätte steigen können, als eine Ursache seines Unglücks zu betrachten haben, während uns die Newton'schen Fallgesetze belehren, dass sie es gerade ist, welche der Attraktionskraft der Erde Hindernisse bereitet. Darauf bauend, räth der Physiker zur Anbringung eines Fallschirmes und erklärt damit die atmosphärische Luft als abhaltende Bedingung, der Jurist aber beweist nach eingetretenem Unglück

[13] a. a. O. Gerichtssaal 1876 S. 176.

das strikte Gegentheil. Bezeichnen wir weiter, wie dies in der Causalitätslehre so vielfach geschieht, alle Umstände. ohne welche der Erfolg nicht hätte entstehen können, als Ursache, so würden wir zu Unrecht leugnen, dass selbst das Wasser die Ursache des Feuers sei. Denn wenn es wahr ist, dass eine mit einer Flüssigkeit gefüllte Flasche in Folge des Reflexes der Sonnenstrahlen einen Focus zu bilden und so leicht entzündliche Stoffe in Brand zu setzen vermag, so wird man zugestehen müssen, dass das Feuer ohne das Wasser in concreto nicht hätte entstehen können. Vielleicht dürften schon danach in Lammasch einige Bedenken entstehen, ob er nicht am Ende doch der Sonne Unrecht thut, wenn er ihren Untergang zu einem Bestandtheil des nächtlichen Diebstahls macht.[14]

Aber noch weit unerträglicher sind die Consequenzen in der Versuchslehre. Man müsste denjenigen, der in mörderischer Absicht einem Anderen auflauert und dabei ergriffen wird, ebenso hart bestrafen, wie wenn er ein délit manqué begangen hätte. Nach der Willensseite wäre kaum ein Unterschied erfindlich und nach der Thatseite hätte in dem einen wie in dem anderen Fall „von vorn herein die Sache anders angepackt werden müssen." Ebenso wäre derjenige, der einen Fehlschuss gethan, nicht milder zu beurtheilen als der, dessen That den Wahnsinn eines Menschen zur Folge gehabt hat; beide hätten nach demselben Ziele gestrebt und beide es in ganz gleicher Weise verfehlt. Endlich wäre nicht abzusehen, weshalb der, der sich Brennmaterialien kauft, um ein Haus anzuzünden, von Strafe verschont bleibt, während der, welcher ertappt wird, wie er eben eine Lunte auf das Strohdach einer von Menschen bewohnten Hütte wirft, in's Zuchthaus oder wenigstens ins Gefängniss wandern muss: hat doch der eine wie der andere in derselben verbrecherischen Absicht gehandelt, während die Thatseite nach v. Buri gleich bedeutungslos wäre.

Die Berücksichtigung des Zieles aber, dass der Handelnde

---

[14] Lammasch a. a. O. S. 30.

sich gesetzt hat, wäre nur unter der Voraussetzung zulässig, dass entweder das positive Recht principiell auf die materielle Absicht Gewicht legte oder sich doch wenigstens von den Anforderungen der Wissenschaft entfernte, wenn es den Verbrechensbegriff ganz unabhängig von ihr zu bestimmen pflegt. Man mag es billigen oder tadeln, dass eine Gesetzgebung zum Thatbestand des Raubes die Wegnahme einer beweglichen Sache erfordert,[15] während die andere ihn durch die Anwendung von Gewalt consummirt sein lässt,[16] dass die eine zum Betruge die Vermögensbeschädigung verlangt, die andere dagegen die Täuschung in gewinnsüchtiger Absicht für ausreichend hält,[17] darin aber herrscht wohl Uebereinstimmung, dass der Umstand, ob der Thäter seinen Zweck erreicht oder verfehlt, im Allgemeinen nicht den Massstab bilden darf, um danach den Begriff des vollendeten Verbrechens zu fixiren.[18] Die abweichende Ansicht von Lammasch veranlasst ihn zu der Behauptung, dass der Gesetzgeber sich im Widerspruch mit der Wissenschaft befinde, wenn er beim Hochverrath zur Anwendung der ordentlichen Strafe einen verletzenden Erfolg nicht erheischt.[19] Mit ihr steht er aber nicht blos in der gesammten Litteratur, soweit ich sehe, vereinzelt da,[20] sondern er übersieht auch, dass

---

[15] Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 292. 293 spricht sich hiergegen aus.

[16] z. B. österr. Ges.-B. § 190. — Hessen Art. 344. — Thüringen Art. 152. — Braunschweig § 175. — Hannover Art. 321. Hiergegen spricht sich wieder Osenbrüggen a. a. O. S. 91 aus.

[17] Oesterr. Ges.-B. § 197. — Hannover Art. 310. Hiergegen Osenbrüggen a. a. O. S. 163. Goltdammer: Ueber die Vermögensbeschädigung beim Betrug in seinem Arch. Bd. V S. 751 fg. u. a. m. — Hierfür Feuerbach: Lehrbuch § 414. Klein: Ueber den Betrug im N. Arch. des Criminalrechts Bd. I S. 238 u. A. m.

[18] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I S. 10. 17. Derselbe in Goltdammers Arch. Bd. III S. 171. Luden a. a. O. S. 10. 11. Köstlin: System S. 210. Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 402 fg. u. a. m.

[19] Lammasch a. a. O. S. 66.

[20] cf. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I S. 217. Rossi

die Theorie ein widersinniges Verlangen aussprechen würde, wollte sie den Umsturz der Verfassung und die Usurpation des Thrones zum Consummationsmerkmal erklären. Ist aber der Zweck des Thäters für das Strafrecht regelmässig von sekundärer Bedeutung, so beruht es auf einer Verwechslung von subjektivem Misserfolg und rechtlicher Relevanz, wenn v. Buri das Streben nach einem individuellen Ziel für objektiv unerheblich erklärt, sofern es nicht erreicht wird. Derjenige, der einen Mord begeht, um eine Erbschaft zu erschleichen, sieht freilich seine Anstrengungen zu nichte gemacht, sobald er wahrnimmt, dass eine letztwillige Disposition seine Hoffnung ab intestato zu succediren vereitelt, einer rechtlich bedeutsamen That aber hat er sich darum nicht minder schuldig gemacht. v. Buri müsste daher entweder erklären, dass auch das vollendete Delikt objektiv irrelevant sei, sofern der Thäter seinen Zweck verfehlt, oder dass auch das „causalitätslose Streben“ von objektiver Erheblichkeit sein könne. Bei der einen Alternative würde er mit seiner Behauptung, dass dem consummirten Verbrechen stets ein criminalrechtlich bedeutsamer Thatbestand eigenthümlich sei, in Widerspruch treten, bei der anderen mit der, dass der Versuch einen solchen ausschliesse. Wollte er hiergegen einwenden, dass das von mir gewählte Beispiel deshalb unzutreffend sei, weil es auf die Erreichung des jenseit des vollendeten Verbrechens liegenden Zweckes nicht ankomme, so würde dies nichts anderes besagen, als dass die Consummation eines Deliktes sich nicht danach richtet, ob das individuelle Ziel erreicht wird oder nicht. Damit würde er aber nach meiner Meinung von der Scylla in die Charybdis gerathen. Denn wenn danach die Erheblichkeit einer That keine Einbusse erleidet, wenn der erstrebte Erfolg verfehlt wird, so müsste der gleiche Grundsatz auch für das versuchte Verbrechen gelten, und v. Buri müsste das Gegentheil von dem als richtig anerkennen, was er zu beweisen sich bemüht.

---

a. a. O. Bd. II Cap. 27 S. 133. Berner: Lehrbuch S. 174 u. a. m. Mittermaier: im N. Arch. des Crim.-R. Bd. X S. 549 etc.

Ebensowenig vermag ich abzusehen, weshalb man sich in Abstraktionen ergehen sollte, wenn man mit der Möglichkeit, ob eine Handlung zum Ziele hätte führen können, rechnet, gleichviel ob man dieses Ziel in dem Endpunkt einer homogenen Thätigkeit, oder in dem Zweck des Thäters oder in dem beabsichtigten Erfolge sieht — Fälle, die, obwohl ihrer Natur nach verschieden, von v. Buri nicht gesondert werden.

Wird Jemand in dem Akt der Eidesleistung unterbrochen, so ist es mir unverständlich, weshalb wir uns mit den concreten Verhältnissen zu beschäftigen aufhören und zu „subjektiven Erwägungen“ übergehen würden, wenn wir in dem Geschehenen einen „Bestandtheil der Vollendung“ erblicken. Ich glaube vielmehr, dass v. Buri demjenigen, der auf dem einzigen Wege zwischen seinem Hause und der Dorfschenke einherschreitet, sein Ziel aber nicht erreichen kann, weil er den in Folge von Regengüssen angeschwollenen Durchlassgraben nicht zu passiren vermag, zu Unrecht entgegenhält, er habe sich von vornherein in einer ganz verkehrten Richtung bewegt.[21]

Ebensowenig wüsste ich, wie ein Raub anders als durch Anwendung von physischer oder psychologischer Gewalt begangen werden sollte, er mag zur Wegnahme einer Sache führen oder nicht. v. Buri will dies freilich nicht anerkennen, allein seine Gegengründe beruhen z. Th. auf einer in der Versuchslehre nicht seltenen Verwechslung von Beweis- und Rechtsfrage,[22] z. Th. auf wenigstens mir ganz unverständlichen Behauptungen.

Er meint nämlich, dass die Feststellung der räuberischen Absicht erforderlich sei, um zu ermessen, ob der Verbrecher „sich auch objektiv auf dem richtigen Wege zur Vollendung befunden habe.“ Nachher erklärt er dies aber für über-

---

[21] a. a. O. Gerichtssaal 1867 S. 76 in Verbindung mit der wörtlich citirten Stelle in Goltdammers Arch.

[22] Schwarze: Versuch und Vollendung in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 293.

flüssig, weil die verhinderte Apprehension auch hier beweise, dass der Thäter von Hause aus ganz anders hätte procediren müssen.[23] Sehe ich von der ganz selbstverständlichen Bemerkung ab, dass der Raub ohne den erforderlichen dolus nicht begangen werden kann, so vermag ich weder einzusehen, wie zunächst die Constatirung der Absicht Aufschluss darüber geben soll, ob der Verbrecher den verhofften Lohn seiner Thätigkeit finden werde, noch wie sodann der Misserfolg die Behauptung rechtfertigt, dass derjenige nicht die richtige Bahn betreten habe, der auf ihr vorwärts gegangen ist, soweit er eben konnte, während eine andere nicht existirt, auf der er zu seinem Ziel hätte gelangen können.

Nicht minder ist die Ansicht von v. Buri bei den Verbrechen, die zu ihrer Vollendung einen Erfolg erfordern, unhaltbar. Ich will zugeben, dass wir vielfach nicht mit Bestimmtheit vorhersagen können, welchen Ausgang eine Sache gewonnen haben würde, wenn in ihrer Entwickelung keine Störung eingetreten wäre. Aber deshalb sind wir doch nicht in allen Fällen mit gleicher Blindheit geschlagen. Derjenige, der mit zerschnittenen Pulsadern bewusstlos auf der Landstrasse gefunden, derjenige, welcher an einem Baumstamm hängend, von der Schlinge befreit, derjenige, welcher des Schwimmens unkundig, aus einem ausreichend tiefen Teich herausgezogen wird, hätte den Tod mit mathematischer Sicherheit erlitten, wenn kein zufälliges Ereigniss eine Aenderung der Situation bewirkt haben würde. Ich vermag daher keinen Grund einzusehen, weshalb wir zu einer solchen Prognose nicht berechtigt sein sollten. Aber auch wenn die Ereignisse nicht so weit vorgeschritten sind, ist die Zukunft nicht immer mit einem undurchdringlichen Schleier bedeckt. Ich kann mich wohl jeder Exemplifikation enthalten; denn es hiesse in der That alle Erfahrung leugnen, die Lehren der Hilfswissenschaften des Criminalrechts, der Chemie, Physik und Medicin ignoriren, die Berechtigung des Gesetzgebers, gemeingefährliche Verbrechen zu bestrafen, in

[23] a. a. O. Gerichtssaal pro 1867 S. 67.

Abrede stellen, wollten wir uns weiter mit der Widerlegung einer Ansicht beschäftigen, nach der uns nur der eingetretene Erfolg sagen soll, ob eine Thätigkeit im conkreten Fall geeignet war, ihn herbeizuführen. Tauglichkeit und Wirksamkeit, Möglichkeit und Nothwendigkeit sind eben nicht identische Begriffe; freilich hat gerade aus dieser Verwechslung die Controverse über den untauglichen Versuch ihre reichliche Nahrung geschöpft.

v. Buri hat somit seine Behauptung, dass der Versuch von der Thatseite aus betrachtet, criminalrechtlich unerheblich sei, auf durchweg unhaltbare Voraussetzungen gestützt. Da er aber herausfühlt, dass die Statuirung der Straflosigkeit desselben in einem civilisirten Staat nicht duldbar erscheint, so begeht er einen neuen Fehlschluss, um zu einem erwünschten Ergebniss zu gelangen. Anstatt nämlich anzuerkennen, dass einer bedeutungslosen That ein ebenso bedeutungsloser Wille gegenüberstehen müsse, fährt er wörtlich fort:[24]

> „*Ist aber hiernach die Objektivität im Versuch bedeutungslos, so kann derselbe seine strafrechtliche Bedeutung lediglich in dem durch eine Handlung aus dem Inneren des Menschen heraustretenden Willen finden, welche sich in äusserer Gestalt dem Gesetz gegenüber (!) gestellt hat.*“[25]

Er setzt also nicht blos die Nothwendigkeit der Bestrafung als selbstverständlich voraus, und vermengt weiter nicht blos Begriff und Strafbarkeit, sondern er folgert auch, dass, weil die objektive Seite der Relevanz entbehre, eben deshalb die subjektive sie habe, als wenn ein Spazierritt eo ipso ein doloses Unterfangen wäre!

Dies sind die Grundgedanken, die die v. Buri'sche Versuchslehre durchziehen; wir haben uns nunmehr nur noch mit ihren Consequenzen zu beschäftigen.

---

[24] a. a. O. (in Goltdammers Arch. pro 1877) S. 266.

[25] Die Binding'schen Normen haben also noch nicht vermocht, den Irrthum, dass der verbrecherische Wille sich gegen das Strafgesetz kehre, zu heben.

An den soeben citirten Satz, wonach die Strafbarkeit des Versuches in dem Streben nach einem verbotenen Ziele ihre Rechtfertigung finden soll, knüpft v. Buri zunächst folgende Conklusion:[26]

„*Begonnen hat darum (?) der Versuch, sobald der auf Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges gerichtete Wille aus einer zu diesem Zweck unternommenen Handlung und den dem Handelnden bekannten Nebenumständen, unter welchen sie unternommen wurde, äusserlich erkennbar geworden ist.*“

Wenn aber das Streben nach dem strafrechtlichen Erfolge, worunter wir das Streben nach dem, was die Norm verbietet,[27] zu verstehen haben, den strafbaren Versuch charakterisiren soll, so müsste derselbe mit der Objektivirung eines hierauf gerichteten Willens seinen Anfang nehmen. Da v. Buri weiter seine Lehre ebenso für die formalen wie für die materialen Verbrechen für anwendbar erachtet,[28] so müsste derjenige, der sich auf das Gericht begiebt, um einen Meineid zu begehen ebenso wegen Versuchs bestraft werden, wie der, der einen Strick dreht, mit dem er einen Mitmenschen zu hängen trachtet. Allein v. Buri fühlt die unangemessene Ausdehnung des Versuchsgebietes zu deutlich heraus, als dass er nicht auf dessen Einschränkung hätte Bedacht nehmen sollen. Deshalb erklärt er weiter:[29]

„*Muss der Wille, um strafbar zu sein, eine äussere Gestalt angenommen haben, muss sich also (?) aus der vorliegenden Objektivität entnehmen lassen, ob in derselben ein verbrecherischer Wille enthalten ist, so liegt schon darin ausgesprochen, dass durch das Geständniss nicht festgestellt werden kann, ob ein verbrecherischer Wille sich objektivirt hat,*“

ohne zu erwägen, dass er damit das Fundament seiner

[26] a. a. O. in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 266.
[27] a. a. O. Abhandlungen S. 55.
[28] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 286. 287.
[29] a. a. O. Abh. S. 55. 56.

Theorie, wonach der bethätigte Wille, ein Verbrechen zu begehen, ausreichen soll, einen strafbaren Thatbestand zu erfüllen, nicht unerheblich lockert.

Man sollte meinen, dass v. Buri sich nunmehr der Lehre derer anschliesst, welche zur Strafbarkeit des Versuches den dolus ex re verlangen. Dies ist jedoch nur theilweise der Fall. Beim Ankauf eines Gewehrs zum Zwecke des Mordes behauptet er, dass das Geschehene umgeahndet bleiben müsse, weil der Wille, dieses Verbrechen zu begehen, sich noch gar nicht der Aussenwelt erkennbar gemacht habe;[30] während er wider das Verabreichen von Zucker, um zu tödten, für einen strafbaren Versuch erachtet,[31] obgleich er an einer anderen Stelle die Meinung vertritt, dass die Sachlage an sich den Schluss auf den dolus hier ebensowenig wie dort zulässt.[32] Aehnlich versteht er unter einem verbrecherischen Willen bald einen solchen, dessen Verkörperung ein Delikt zur Entstehung bringt, bald wiederum einen solchen, der sich erst auf dessen Begehung richtet. So erklärt er den Versuch einer Injurie für unmöglich, weil mit der Objektivirung des Willens das Delikt auch consummirt sein würde,[33] während er es beim Diebstahl für ausreichend hält, dass der Wille zu stehlen, zur äusseren Erscheinung gekommen sei.[34] Weiter hat nach ihm der Irrthum bald auf die Objektivirung des Willens Einfluss, bald lässt er ihn wieder bedeutungslos sein. Weiss der Dieb nicht, dass in einer Scheuer Korn aufbewahrt wird, so soll dadurch die Möglichkeit eines Diebstahlsversuches ausgeschlossen sein,[35] hat Jemand von der Abwesenheit der Person, die er tödten will, keine Kenntniss, so soll dies wieder auf die Möglichkeit eines Mordversuches keinen Einfluss haben.[36] Endlich verwechselt

---

[30] a. a. O. Gerichtssaal pro 1867 S. 70.
[31] a. a. O. S. 72.
[32] a. a. O. Abh. S. 56.
[33] a. a. O. Gerichtssaal pro 1876 S. 184.
[34] a. a. O. Gerichtssaal pro 1868 S. 332.
[35] a. a. O. Gerichtssaal pro 1868 S. 333.
[36] a. a. O. Gerichtssaal pro 1876 S. 185. 186.

v. Buri auch hier Beweis- und Rechtsfrage. Denn er erklärt, dass die Ernstlichkeit des Willens nur dann in der Aussenwelt einen angemessenen Ausdruck finde, wenn die Sachlage Anhaltspunkte für die Ueberzeugung gewähre, dass der Thäter an den Eintritt des Erfolges geglaubt habe.[37] Wenn es auch richtig ist, dass bei mangelndem Beweis eine Anklage nicht erhoben, geschweige denn eine Verurtheilung ausgesprochen werden darf, so berührt doch diese Erwägung nicht die Grundsätze des materiellen Rechtes, mit denen wir es hier allein zu thun haben. Wir können mithin nicht mit v. Buri erklären:

Bietet die Untersuchung Material zur Annahme, dass der Thäter von der Tauglichkeit seiner Mittel überzeugt war, so liegt ein ernster Wille vor, hat sie dieses Resultat nicht, so hat er ohne ernsten Willen gehandelt.

Bei der Unerheblichkeit der Thatseite die v. Buri als dem Versuch charakteristisch ansieht, bleibt, wenn man sich nicht zu dem Satze bekehren will „omnia delicta esse paria" nichts übrig, als die verschiedene Strafbarkeit der Versuchshandlungen ausschliesslich von der Willensseite abzuleiten. Köstlin lässt deshalb, wie wir gesehen haben, den Willen immer intensiver werden, je mehr der Thäter sich der Vollendung nähert, v. Buri vermeint ihn dadurch zu verbessern, dass er dem blossen Glauben des Thäters einen gleichen Einfluss zuschreibt. Demgemäss lehrt er weiter:[38]

> „*Von hier ab (sc. vom Beginn ab) erfüllt sich der Versuch in drei Stadien, dem Bewusstsein, dass das Geschehene zur Herbeiführung des Erfolges noch nicht geeignet sei, der Erwartung, dass das erstrebte Ziel in Folge des bereits Geschehenen zum Eintritt gelangen könne, und der (formellen) Befriedigung, dass sich nunmehr der Erfolg nothwendig ergeben müsse. In concreto kann jedoch der Versuch auch sofort in das zweite oder dritte Stadium eintreten.*"

---

[37] a. a. O. Gerichtssaal pro 1868 S. 330.

[38] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 266.

Bleiben wir vorläufig bei dem ersten der beiden Stadien stehen. Zunächst ist es wohl kaum verständlich, wie dieselben in ganzen Gruppen von Verbrechen denkbar sein sollten, wie derjenige, der eine bigamische Ehe eingeht, der unzüchtige Handlungen mit Kindern vornimmt, der einen Meineid leistet, eine Unterschlagung begeht, sich eines Münzverbrechens schuldig macht u. s. w. es anzustellen habe, um auf die Reflexion zu verfallen, ob der Erfolg bereits zu erwarten sei oder nicht. Lässt uns doch v. Buri absolut im Dunkeln darüber, was wir unter Erfolg überhaupt zu verstehen haben. Wir wollen jedoch, um ihn zu begreifen, mit einem Beispiel rechnen, das es uns ermöglicht, seinem Gedankengange zu folgen. Nehmen wir an, der Massenmörder Thomas hätte den Untergang der „Mosel" erst auf hoher See für möglich gehalten. Die früher eingetretene Katastrophe hätte ihm alsdann nur als Versuch leichtesten Grades angerechnet werden können — eine Ansicht, die, so verschieden auch die Beurtheilung des Falles sein mag, wohl von keiner anderen Seite gebilligt werden dürfte. Vielleicht fassen wir aber v. Buri hierbei falsch auf, indem er möglicherweise nur an die Ueberzeugung des Verbrechers während seiner Thätigkeit denkt. Wir wollen deshalb lieber das Beispiel, das er selbst anführt, näher betrachten.[39] Fingiren wir also, dass Jemand in der Absicht, eine Ueberschwemmung anzustiften einen Damm durchgräbt, und dass das Wasser sich durchbricht, während er den Eintritt dieses Ereignisses noch nicht erwartet. Nach meiner Ansicht wäre damit der Thatbestand des § 312 R.-Str.-G. erfüllt, nach v. Buri hätten wir es wieder mit einem Versuchsfall mildester Art zu thun. Dies hat jedoch denselben nicht abgehalten, der objektiven Theorie den Vorwurf zu machen, dass sie zu dem Widerspruch führe, Versuch noch da anzunehmen, wo nach dem Gesetz bereits von Vollendung gesprochen werden müsse.[40]

---

[39] a. a. O. S. 266.

[40] a. a. O. S. 276.

Aber noch wunderlicher ist die Anschauung, die v. Buri über die dritte Versuchsstufe entwickelt, über den „vollendeten Versuch.“ Er billigt zwar im Allgemeinen die subjektive Formel, hält sie aber nicht für ganz correkt, indem darunter Fälle subsumirt werden könnten, die richtiger zum unbeendigten Versuch gezählt werden müssten.

„So soll — führt er fort — namentlich das ergebnisslos gebliebene Schiessen auf den Gegner ohne Ausnahme als vollendeter Versuch zu qualificiren sein. Aber ein Schütze, der seines Schusses nicht gewiss ist, wird nicht sofort mit dem Abfeuern des Gewehres aus dem Stadium des Erwartens in dasjenige der Befriedigung übertreten, die Zeit hierzu wird vielmehr erst gekommen sein, wenn er sich vom Tode seines Gegners überzeugt hat, oder überzeugt zu haben glaubt. Der Zeitpunkt fällt aber ausserhalb des Kreises seiner Handlung, und es hat daher hier der Versuch überhaupt nicht in das dritte Stadium geführt. Es weiss aber auch der schlechte Schütze bei dem Abfeuern seines Gewehres, dass er nicht Alles gethan hat, was er zur sicheren Herbeiführung seines Erfolges hätte thun, er weiss vielmehr, dass er sich hierzu vorerst eine grössere Geschicklichkeit im Gebrauch seiner Waffen hätte aneignen müssen. Legt man für den vollendeten Versuch nicht das nöthige Gewicht darauf, dass der Handelnde dem Eintritt des Erfolges als nothwendig entgegengesehen haben müsse, so bedeutet obige Definition (sc. die subjektive Formel) nur, dass vollendeter Versuch dann anzunehmen sei, wenn der Handelnde den Eintritt des Erfolgs lediglich als möglich erwartet, sich aber nicht in der Lage befunden hat, den Eintritt desselben sicherzustellen, obwohl ihm hierfür noch eine anderweitige Thätigkeit nothwendig erschien. Das Streben nach dem Erfolg wäre dann in Wirklichkeit kein vollendetes, weil es seinen natürlichen Endpunkt in dem Bewusstsein des Handelnden nicht erreicht hatte.“[41]

---

[41] a. a. O. S. 267.

Zwar ist es richtig, dass der Thäter sein Streben nach dem Erfolg erst mit dem Moment als gelungen erachten wird, in welchem er sich von dessen Eintritt überzeugt; allein seine Befriedigung über die That hat criminalrechtlich nicht mehr Bedeutung als seine Reue nach derselben. Indem v. Buri dies verkennt, lehrt er, dass der, welcher tödtlich getroffen zu haben wähnt, sich des beendigten Versuchs schuldig gemacht, der dagegen, der zu Unrecht gefehlt zu haben glaubt, einen minder verbrecherischen Willen an den Tag gelegt habe. Mag auch der Schuss den Tod herbeigeführt haben, es bleibt dort wie hier beim versuchten Morde. Ja selbst, wenn der Verbrecher bei der Sektion die Leiche vor sich sieht, vor der Todesstrafe ist er sicher, wenn er nur gewusst hat, dass nicht jede Kugel zu treffen brauche. Wie aber, wenn der Thäter nicht gleich dem Helden in der Tragödie reflektirt, bevor er handelt? Man nähme den Fall, ein Handwerksbursche, dem ein Almosen abgeschlagen wird, werfe aus Rache ein Streichholz in einen Heuvorrath und verliesse das Dorf, unbekümmert darum, ob die Flamme aufschlagen wird oder nicht. Mag auch der ganze Ort eingeäschert werden, nach v. Buri kann er nicht wegen vollendeter Brandstiftung angeklagt werden, selbst nicht einmal wegen beendigten Versuchs; hat er sich doch gar nicht von den Folgen seiner That überzeugt und aus ihnen Befriedigung geschöpft. Wenn es nur dem Mörder gelingt, sein Opfer zu verlassen, bevor es den letzten Athemzug gethan, wäre jede Anklage wegen Mordes beseitigt. Der etwa später erfolgende Tod, würde als ausserhalb des Kreises der Handlung fallend, daran nicht das Geringste zu ändern vermögen. Wir müssen aber noch weiter gehen und behaupten, dass demnach der Begriff der Vollendung bei allen denjenigen Verbrechen aufgehoben werden würde, welche zu ihrem Thatbestand einen Erfolg erfordern. v. Buri will dies freilich nicht zugeben, indem er gegen diejenigen, welche behaupten, dass der beendigte Versuch nur bei den materialen Verbrechen denkbar sei, einwendet, dass die

Wirkung auch hier mit dem Endpunkt der Handlung zusammenfallen, ja schon während derselben eintreten könne.

„Handelt es sich z. B. — so exemplificirt er — um einen Stich ins Herz, so ist der Tod mit dem Aufhören der Handlung auch eingetreten, und es würde sonach hier der Erfolg gerade so wenig von der Handlung losgelöst werden können, als wenn ein Meineid in Frage stände. Wenn aber etwa ein Kopf abgeschnitten worden ist, so hat sogar die Form der Handlung deren Wirksamkeit überdauert.“ [42]

Wir könnten uns hier einfach auf die medicinische Wissenschaft berufen, dass auch in den von v. Buri ponirten Fällen das Leben nicht mit dem Moment entweicht, in welchem der tödtliche Streich beendet ist,[43] würden wir nicht befürchten, dass uns von ihm andere Beispiele entgegengehalten würden, in denen der Verbrecher seine Thätigkeit über den Eintritt des Todes hinaus fortsetzt; will er doch mit den von ihm angeführten demselben Gedanken Ausdruck geben. Deshalb halten wir es für erforderlich, den Grund seiner irrigen Anschauung aufzuklären. Wenn Berner[44] und Lamm[45] in Uebereinstimmung mit einer grossen Anzahl von Rechtslehrern behaupten, dass es Verbrechen gebe, in denen That und Erfolg geschieden werden müssten, so befassen sie sich nur mit den criminalrechtlich erheblichen Akten, und wenn v. Buri dem widerspricht, so beschäftigt er sich mit ebenso unerheblichen Vorgängen. Darum haben jene keine Veranlassung, dem Thäter über den Moment hinaus, in welchem er die Ursache zur Wirkung gesetzt hat, ihre Aufmerksamkeit zu schenken, während ihn v. Buri noch verfolgt, wenn er bereits an der Leiche herumhandthiert.

Vor Allem aber muss der psychologischen Auffassung

---

42 a. a. O. S. 287.

43 v. Rothmund: Einiges über die Todesstrafe vom Standpunkt eines Arztes im Gerichtssaal pro 1877 S. 587.

44 Berner: Verhandlungen des deutschen Juristentages pro 1876. S. 109 fg. u. a. O.

45 Lamm: ebendaselbst S. 146—148.

entgegengetreten werden, dass der Thäter sich in irgend einem Stadium des Versuchs mit Nothwendigkeit der Ueberzeugung hingebe, dass er des beabsichtigten Erfolges sicher sei. Wäre sie richtig, so müsste man denjenigen, der Sympathiemittel anwendet, härter als den beurtheilen, der aus einem mehrläufigen Revolver einen Schuss abgiebt. Denn so wenig ist die Ansicht von v. Buri über die Vorgänge im Inneren des Verbrechers während der That begründet, dass ich im Gegentheil behaupten möchte, dass in der Regel die grössere Intelligenz mit der Möglichkeit des Misslingens rechnen, die grössere Stupidität sie unerwogen lassen wird. Der Todtbeter mag daran nicht zweifeln, dass seinem inständigen Gebet die Erhörung folgen wird, während der Schütze, der sich einer doppelläufigen Büchse bedient, damit zu erkennen giebt, dass er die Chancen eines Fehlschusses in Betracht gezogen hat. Freilich ist ein solcher Schütze nach v. Buri nur ein Stümper. Der Tell, dessen Pfeil den Apfel auf dem Kopf seines Kindes durchbohrt, muss sich nach ihm in seiner Kunst noch gehörig üben, da der Dichter ihn die Eventualität, dass er sein Ziel verfehlen könne, erwägen lässt. Der Feldherr, der in thörichter Ueberschätzung seiner Streitkraft dem Gegner ein Treffen anbietet, das zur Aufreibung seines Heeres führt, wäre der rechte Mann, und ein v. Moltke, der grübelnden Sinnes geeignete Vorkehrungen für den Fall trifft, dass das unergründliche Schlachtenglück sich von ihm, dem Sieg gewohnten, einmal abwenden könnte, müsste sich den Vorwurf gefallen lassen, dass er noch nicht die genügenden Kenntnisse für sein Fach besässe.

Dies Alles hat jedoch v. Buri nicht abgehalten, auch hier von seinem Glashause aus einen Stein zur objektiven Theorie hinüberzuwerfen. Anstatt sich nämlich zu sagen, dass seine Versuchslehre, da sie Alles von dem Glauben des Thäters abhängig macht, bei jedem Schritt mit der Möglichkeit zu rechnen hat, dass dessen Vorstellung der Wirklichkeit nicht entspricht, oder dass, wie v. Buri sich ausdrückt, ein Widerspruch zwischen der Subjektivität und der

Objektivität entsteht, macht er seine Blösse zur Waffe gegen seine Widersacher. So findet er in seiner Kritik des allgemeinen Theils des Meyer'schen Lehrbuches die Lehre vom Versuch darin nicht gefördert und begründet seine Ansicht unter Anderem dadurch, dass darin nicht die Frage untersucht sei, wie es sich zu verhalten habe, wenn der Thäter eine Vorbereitungshandlung vornimmt, die in Wahrheit im Sinne der objektiven Theorie eine Ausführungshandlung sei und umgekehrt.[46] Im Anschluss hieran sagt er wörtlich:

„*Es ergiebt sich auch hier ein unlöslicher Widerstreit zwischen Objektivität und Subjektivität. Denn sagt man, wer mit einem auf Verübung des Erfolges gerichteten Dolus eine Ausführungshandlung, die er für eine Vorbereitungshandlung gehalten hat, unternimmt, haftet gleichwohl für Versuch, so lässt man die Subjektivität, die noch straflos ist, weil die Vorbereitungshandlungen noch straflos sein sollen, ausser Acht und erklärt lediglich die Objektivität für massgebend. Und soll derjenige, welcher eine Ausführungshandlung unternehmen wollte, aus Irrthum aber nur eine Vorbereitungshandlung zu Wege gebracht hat, einen Versuch zu verantworten haben, so bedeutet das, dass eine Ausführungshandlung für den Versuch objektiv nicht erforderlich ist. Soll hingegen endlich, im Fall sich Objektivität und Subjektivität nicht decken, ein strafbarer Versuch überhaupt nicht existiren, so würde ein wirklich strafbarer Wille straflos gelassen werden müssen und sogar die beabsichtigte Vollendung herbeigeführt worden sein können, ohne dass auch nur einmal wegen Versuch bestraft werden dürfte.*“

Genau in demselben Ideenkreise bewegt er sich in seinem Aufsatz über das Wesen des Versuchs an der Stelle, an der er die objektive Theorie bekämpft.[47]

Ich meine aber, dass v. Buri Schwächen entdeckt hat, die nicht existiren. Eine bestimmte Grenze zwischen Vor-

---

[46] a. a. O. Gerichtssaal pro 1876 S. 182.

[47] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 274.

bereitung und Ausführung vorausgesetzt, wäre der Glaube des Thäters, ob er sich in diesem oder jenem Stadium befindet, ebenso bedeutungslos wie wenn er eine Unterschlagung für einen Diebstahl gehalten hätte und umgekehrt. Ich vermag wenigstens nicht einzusehen, weshalb wir in die fatalsten Verlegenheiten gerathen sollten, wenn beispielsweise Jemand die Anschaffung von Platten zum Zwecke der Münzfälschung für eine Ausführung oder umgekehrt die Anfertigung von Papiergeld ohne dessen Verausgabung für eine Vorbereitung des Münzverbrechens gehalten haben würde. Wir können es getrost dem Richter überlassen, dem Thäter die nöthige rechtliche Aufklärung in seinem Strafurtheil zu geben und wir bescheiden uns, v. Buri auf den Grundsatz zu verweisen, dass die Bedeutung einer Handlung nach dem Gesetzbuch und nicht nach der Phantasie des Thäters beurtheilt werden muss.[48]

Vielleicht aber noch mehr als in der Lehre von den Gradunterschieden des Versuches ist v. Buri meiner Ansicht nach in seiner Begründung der Straflosigkeit des Rücktrittes fehlgegangen.[49] Nachdem er zunächst eine Theorie widerlegt, von der er bekennt, dass er sie anderweitig nur zum Theil wiedergefunden habe, und die die Eigenthümlichkeit besitzt, dass in demselben Thäter gleichzeitig ein Individualwille, ein Allgemeinwille, ein Gegenwille und — der Causalität wegen[50] — ein Generalwille vertreten ist, erklärt er als das Richtige:[51]

> „*Wer zur Erreichung eines Erfolges eine Handlung vornimmt, von deren Bedeutungslosigkeit er überzeugt ist, im Fall er derselben nicht eine weitere Handlung folgen lasse, der macht den Erfolg von seinem demnächstigen*

[48] Auch Meyer: Lehrb. (2. Aufl.) S. 196 Note 3 hat sich augenscheinlich gleich mir vergeblich bemüht, den qu. Deduktionen v. Buri's einen tieferen Sinn beizulegen.

[49] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 267. 268.

[50] a. a. O. S. 269. Im Gerichtssaal pro 1869 S. 198 kennt v. Buri noch ausserdem einen „Anerkennungswillen."

[51] a. a. O. S. 268.

freien Willen abhängig. Dieser demnächstige freie Wille enthält aber zugleich mit Nothwendigkeit die Möglichkeit des Nichtwollens, und es wird somit bei Vornahme der ersten Handlung die Herbeiführung des Erfolges dem demnächstigen Wollen und Nichtwollen anheimgegeben. Darum kann auch hier die erste Handlung nicht mit einem definitiven, das Nichtwollen ausschliessenden Willen begangen werden. Der Handelnde glaubt vielmehr nach Vornahme der ersten Handlung dem Erfolg noch gerade so gegenüberzustehen, wie dies vor der Vornahme derselben der Fall war. Halten sich aber sonach das Wollen und Nichtwollen in dieser ersten Handlung das Gleichgewicht, so würde, wenn man diese Handlung bereits für strafbar erachten zu müssen glaubt, auch das Nichtwollen bestraft werden. Und zwar bleibt diese Straflosigkeit der Handlung bestehen, sollte sich auch nach deren Vornahme das Bewusstsein der Unmöglichkeit der Weiterführung des Geschehenen einstellen. Eine Abwendung des Erfolges erscheint hier nur darum zur Bewahrung der an und für sich begründeten Straflosigkeit erforderlich, um nicht der Causalität zu verfallen.

Ist jedoch der Handelnde bei Vornahme einer auf den Erfolg gerichteten Handlung der Meinung, dieselbe werde ihm ein demnächstiges freies Wollen unmöglich oder auch nur zweifelhaft machen, indem sich aus derselben der Erfolg oder aber auch die Unmöglichkeit der Herbeiführung desselben ergeben könne, so kann er nicht mehr auf seinen demnächstigen freien Willen als massgebend dafür reflektiren, ob der Erfolg eintreten solle oder nicht. Er betrachtet dann vielmehr die gegenwärtig von ihm vorgenommene Handlung als die massgebende, den demnächstigen freien Willen unmöglich machende und bindet durch sie selbst seinen freien Willen dergestalt, dass diese Handlung nunmehr lediglich ein definitives Wollen und nicht zugleich ein Nichtwollen des Erfolges aufzeigt. Darum ist denn auch die Handlung jetzt strafbar, und ein freiwilliges Abstehen von dem Unternehmen be-

ziehungsweise eine demnächstige Abwendung des Erfolges kann höchstens zu einer Strafmilderung führen. Dies auch dann, wenn nach Vornahme der Handlung es dem Handelnden zum Bewusstsein kommen sollte, dass das als möglich unterstellte, den freien Willen bindende Ereigniss in Wirklichkeit nicht eingetreten ist, beziehungsweise derselbe bei Vornahme seiner Handlung die absoluteste Gewissheit dafür zu haben vermeinte, dass ihm demnächst noch die Abwendung des Erfolges gelingen werde. Denn im letzteren Falle reflektirt er immerhin auf seinen demnächstigen freien Willen, welchem die Abwendung entspringen soll. Dieser aber enthält, wie gesagt, auch die Möglichkeit des Nichtwollens, so dass neben dem Wollen der Abwendung zugleich auch dieses Nichtwollen von ihm in Aussicht genommen werden müsste. Niemand steht ihm dafür ein, dass er späterhin wirklich noch werde abwenden wollen, und es erscheint darum auch hier sein in dem bereits Geschehenen enthaltener Wille gebunden."

Zunächst muss ich einen Thäter, welcher zur Erreichung eines Erfolges eine Handlung vornimmt, von deren Bedeutungslosigkeit er überzeugt ist, als einen Idioten bezeichnen, da ich der Meinung bin, dass derjenige nicht ernsthaft einem Ziele zustrebt, der Schritte thut, von denen er weiss, dass er dadurch nicht um die Breite eines Haares vorwärts kommt.[52] Es nimmt sich diese Voraussetzung um so seltsamer aus, als v. Buri in seiner Causalitätslehre der entgegengesetzten Ansicht ist, indem er jeden auf den Erfolg influirenden Umstand die gleiche Wirksamkeit zuschreibt. Im Stadium des Versuchs soll sich daher der bereits erwähnte Dammgräber sagen dürfen, dass der erste Spatenstich für den Eintritt der Ueberschwemmung bedeutungslos sei, nach angestifteter Wassersnoth wird er dagegen belehrt, dass der Anfang seiner Thätigkeit dieselbe Erheblichkeit für den Erfolg gehabt habe, wie der Akt, mit dessen Be-

[52] v. Bar: Die Lehre vom Versuch und Theilnahme am Verbrechen S. 15. Geyer: Erörterungen S. 73.

endigung der Durchbruch bewirkt war. Indess liegt hier wenigstens insofern noch keine Inconsequenz, als der Thäter keine richtige Vorstellung von den Gesetzen der Causalität zu haben braucht. Wir wollen daher zunächst mit einem solchen rechnen, der sich damit vertraut gemacht hat, und sodann mit einem solchen, der ohne ihre Kenntniss thätig gewesen ist. Der erste müsste wissen, dass bei ernsthaftem Streben nach dem Erfolge alle seine Handlungen von gleicher Bedeutsamkeit seien, und die Möglichkeit des freiwilligen Abstehens wäre somit für ihn nicht vorhanden. Der letztere dagegen würde nicht das Ereigniss, das er herbeizuführen trachtet, von „seinem demnächstigen freien Willen" abhängig machen, sondern nur glauben, dass der Eintritt oder das Ausbleiben des Erfolges von der Fortsetzung seiner Thätigkeit abhängig sei. Darum ist aber nicht das Geschehene gleichzeitig gewollt und nicht gewollt. Liegt hierin bereits Grund zur Strafe, so kann derselbe nicht dadurch entfallen, dass in der Zukunft schlimmere Dinge unterbleiben, liegt aber ein solcher noch nicht vor, so kann auch der Umstand nichts daran ändern, dass die verbrecherischesten Pläne im Innern herumgetragen werden. Im ersteren Falle wäre ein strafbefreiender Rücktritt nicht zu construiren, im letzteren unlogisch. In dieser Situation entschliesst sich v. Buri den Unterschied zwischen Begriff und Strafbarkeit auch in seiner Theorie einzuführen, und demgemäss das Stadium, in welchem die Ueberzeugung vorliegt, dass der Erfolg noch nicht eintreten werde, für straffrei zu erklären. Dies hindert ihn aber nicht, trotzdem die Straflosigkeit noch von der Bedingung abhängig zu machen, dass der Wille zurückgezogen wird.[53] Aber auch dies genügt ihm noch nicht. Da er nämlich einsieht, dass mit der blossen Sinnesänderung noch sehr wenig gethan ist, so zieht er bei eintretender Wirkung den Thäter, wenn

---

[53] Bekanntlich ist diese Ansicht zuerst von Köstlin N. Revision. § 121 S. 376 fg. aufgestellt worden, und v. Buri tritt ihm nur insoweit bei cf. dessen Abh. S. 69.

auch nicht nach den Gesetzen des Rechts, so doch wenigstens nach denen der Natur zur Verantwortung. Zwar betont er anderweitig, dass in Folge der Willensänderung auch nicht entfernt ein Grund zur Strafe vorliege,[54] zwar setzt er anderweitig auseinander, dass das Verhältniss von Ursache und Wirkung mit der Verschuldung nicht im Zusammenhange stehe,[55] zwar hat er noch soeben erklärt, dass man das Nichtwollen bestrafen müsste, würde man den Thäter, der mit dem Bewusstsein der Bedeutungslosigkeit seiner Handlung dem Erfolge zustrebt zur Verantwortung ziehen: allein dies Alles macht auf ihn so wenig Eindruck, dass er Strafe auch da als angemessen vertheidigt, wo nach ihm von keiner Schuld die Rede ist.

Es bleibt nur noch übrig, uns die eben erwähnte Ansicht an einem Beispiel klar zu machen. Legt Jemand Steine auf den Bahnkörper, so ist er straffrei, so lange er glaubt, dass die von ihm bewirkten Hindernisse noch nicht ausreichend seien, die Entgleisung eines Zuges herbeizuführen. Wird er in diesem Moment verhaftet, so würde es vergeblich sein, ihn anzuklagen; seine Straflosigkeit bleibt ja auch bestehen, wenn sich „das Bewusstsein der Unmöglichkeit der Weiterführung des Geschehenen“ einstellt. Geht er aber sorglos von dannen mit dem befriedigenden Gefühl, seinen Willen zurückgezogen, die Steine aber liegen gelassen zu haben, so ist er principiell straffrei, auch wenn Lokomotive und Waggons in Trümmer gehen und eine Anzahl von Verwundeten und Leichen die Stätte des Verbrechens deckt; nur wegen Verletzung der Gesetze der Causalität wäre zwar eine Strafe wegen Fahrlässigkeit, wenn auch nicht gerechtfertigt, so doch entschuldbar.[56]

Freilich an anderen Stellen lehrt v. Buri wieder Abweichendes. In seiner Kritik des Meyer'schen Lehrbuchs hält er den Thäter, damit derselbe „sich die Freiheit seines

[54] Gerichtssaal pro 1876 S. 186.

[55] Ueber Causalität und deren Verantwortung S. 2. Gerichtssaal pro 1876 S. 170.

[56] a. a. O. Gerichtssaal pro 1876 S. 186. 187.

Willens wieder verschaffe", für verpflichtet, die zum Erfolg hinstrebenden Bedingungen soweit zu vernichten, dass ein Wollen und Nichtwollen des Erfolges ihm wieder möglich erscheint.[57] Dabei übersieht er nur eins — dass er es nämlich mit einer Person zu thun hat, die sich zur Paralysirung causaler Elemente gar nicht veranlasst sehen kann, würde sie doch damit ihren Glauben, dem Erfolg ganz ebenso frei gegenüberzustehen, als wenn sie zu seiner Herbeiführung nicht das Geringste gethan hätte, selbst widerlegen. In seinen Abhandlungen wiederum erklärt er die Zurücknahme des Willens nicht mehr für statthaft, sobald der Handelnde das Bewusstsein „von einem die Vollendung der beabsichtigten Rechtsverletzung hindernden Ereigniss" erlangt[58] und er behauptet daher hier das Gegentheil von dem, was wir als seine Ansicht soeben vorgetragen haben. Ich kann daher nicht einmal v. Buri das Lob der Consequenz zugestehen, welches ihm Geyer, freilich sehr reservirt, ertheilt,[59] und dessen v. Buri selbst wiederholt Erwähnung thut.[60] Man mag indess hierin nur Nuancirungen im Detail sehen, um so schwerer wiegt der Widerspruch in der Fundamentalanschauung, wonach der Begriff des Versuches kein Atom eines causalen Elementes zeigen, der strafbare Versuch trotzdem aber die Eigenthümlichkeit haben soll, solche Elemente zur Erscheinung zu bringen, so dass deshalb der Thäter für verpflichtet erachtet wird, das zu vernichten, was begrifflich gar nicht existirt.

Zugleich erachtet v. Buri den Unterschied zwischen straflosem und strafbarem Versuch für eine specifische Eigenthümlichkeit seiner Lehre und er findet dieselbe legislatorisch insofern anerkannt, als der § 31 preuss. Straf-G.-B. mit seiner soeben entwickelten Ansicht übereinstimme.[61] Dabei entgeht ihm zunächst, dass er sich gerade auf ein

---

[57] a. a. O. S. 186.

[58] a. a. O. S. 57.

[59] Geyer: im Gerichtssaal pro 1866 S. 51. S. 69.

[60] v. Buri: Gerichtssaal 1867 S. 70 u. Goltdammers Arch. S. 312.

[61] a. a. O. S. 296.

Gesetzbuch beruft, dass sich von der Theorie, der er anhängt, ab- und sich der, die er bekämpft, zugewendet hat. Sodann übersieht er, dass der § 31 den Gegensatz zwischen strafbarem und straflosem Versuch mit dem zwischen Vorbereitung und Ausführung identificirt, und demgemäss der Unterscheidung gesetzliche Anerkennung verschafft hat, die er als haltlos und unlogisch verwirft.[62] Er sieht also seine Ansicht durch eine Gesetzesstelle unterstützt, die in Wahrheit das genaue Gegentheil von dem sagt, was er darin findet. Weiter bleibt es unaufgeklärt, warum er sich nur auf das preussische Strafgesetzbuch beruft. Hat doch, soweit mir bekannt, keine Codifikation, so lange der Versuchsbegriff von ihr überhaupt recipirt ist, jedes Streben nach einem Verbrechen für unbedingt strafbar erklärt. Mit demselben Rechte hätte v. Buri sich auf Art. 178 der Carolina, auf das preussische Landrecht[63], auf das Gesetzbuch von Kaiser Josef II. von Oesterreich,[64] auf das von Baiern vom Jahre 1813 berufen können:[65] nirgends ist an das tendere ad delinquendum eine Pönalsanktion geknüpft, ohne dass nicht gesetzlich der Umfang eingeschränkt worden wäre. Wollte er aber auf neuere Gesetzgebungen Bezug nehmen, so hätte er ebensogut wie auf das preussische Gesetz auf Art. 2 des Code von Brasilien, auf Art. 3 des Spanischen Gesetzbuches, auf Art. 66 des Codex des Herzogthums Este vom 1. Mai 1856 Bezug nehmen können, der bekannteren Legislationen gleichen Inhalts nicht zu gedenken. Endlich lässt er unberücksichtigt, dass bereits die italienische Doktrin zwischen Begriff und Strafbarkeit schied und gleich ihm nicht jedes cogitare, agere et non perficere

---

[62] a. a. O. S. 273 und a. a. O.

[63] § 39—43 Tit. 20 Th. II A. L. R.

[64] § 9 a. a. O. cf. Zachariae: Lehre vom Versuch Bd. I S. 228.

[65] § 57. 58. 62 a. a. O. Auch hier ist nicht nur das Gebiet zwischen Entschluss und der Vorbereitung straffrei gelassen, sondern auch das Vorstadium der Verbrechen nicht bedroht, welche zu ihrer Begehung Mittel im engeren Sinne nicht erfordern.

für criminalrechtlich bedeutsam erklärte, und dass seitdem fast die gesammte Litteratur aller Culturländer Versuch und strafbaren Versuch auseinander zu halten pflegt.

Anlangend endlich das v. Buri für strafbar erklärte Stadium der Versuchsthätigkeit, so soll der Glaube, dass nunmehr der Erfolg eintreten oder ausbleiben könne, die Wirkung äussern, die freie Selbstbestimmung auszuschliessen. Als selbstverständlich müssen wir wohl dabei voraussetzen, dass der Thäter sich nicht der Ueberzeugung hingiebt, dass er damit die Herrschaft über die Aussenwelt verloren habe, da alsdann der vermeintliche Lauf des Naturcausalismus sich seiner Vorstellung nach jeder Einwirkung von seiner Seite entziehen würde, und er nicht sowohl seinen Willen als vielmehr sein Können als gebunden erachten müsste. Wir haben daher wohl nur an solche Fälle zu denken, in denen Jemand sich bewusst ist, dass die Möglichkeit, das Verhältniss von Ursache und Wirkung zu lösen, noch in seiner Macht steht, zumal es bei einer anderweitigen Voraussetzung unerfindlich wäre, wie er auf die Abwendung des Erfolges, als von seiner Person abhängig, sollte reflektiren können. v. Buri ist daher, wenn ich ihn recht verstehe, der Ansicht, dass derjenige, welcher die Bedingungen des Erfolges gesetzt zu haben glaubt, damit seinen freien Willen für die Zukunft vernichte. Allein die Widerruflichkeit menschlicher Entschlüsse steht dem entgegen. Der Thäter mag sich noch so definitiv bestimmt zu haben glauben, er kann daran nichts ändern, dass nur in dem Geschehenen ein irrevokabeler Wille sich ausspricht, während derselbe seiner Herrschaft unterworfen bleibt, soweit er der Zukunft angehört. Wie derjenige, der einen Dolch kauft, um zu morden, seine weitere Selbstbestimmung noch behält, wenn er auch keinen Augenblick zweifeln mag, dass er zur That übergehen wird, ganz so ist der Wille dessen noch ungebunden, der den Giftbecher seinem Feinde reicht, soweit es sich um die Sinnesänderung von da ab bis zu dem Momente, in welchem er geleert wird, handelt. Einen Garanten für die Möglichkeit einer anderweitigen Entschliessung braucht

somit der eine so wenig wie der andere. v. Buri hätte sich daher correkter dahin ausdrücken müssen, dass der Thäter seine Selbstbestimmung für die Zukunft aufhebt, sobald er dies gethan zu haben wähnt. Demgemäss sieht er hier den Grund zur Strafe ganz ebenso in einer irrthümlichen psychologischen Auffassung, wie er ihn vorher in der falschen Vorstellung von den Gesetzen der Natur gefunden hat. Nicht das Darreichen von Gift ist nach ihm strafbar, sondern der Glaube, dass damit die freie Selbstbestimmung für die Zukunft ausgeschlossen sei.

Nichtsdestoweniger hat er auch hier Veranlassung genommen, Köstlin, Hälschner,[66] Berner, Lamm, Leuthold, Schwarze[67] und Hugo Meyer[68] entgegenzuhalten, dass ihre Begründung der Straflosigkeit des Rücktritts und beziehungsweise der Abwendung des Erfolges viel zu wünschen übrig lasse.

Wir können wohl v. Buri nunmehr verlassen, soweit er mit seinen Anschauungen isolirt geblieben ist. Denn weder vermag ich anzuerkennen, dass jeder Schriftsteller, der in der einen oder anderen Controverse die Entscheidung der subjektiven Theorie für richtig gehalten hat, damit die Uebereinstimmung mit der v. Buri „bereits in seinen Abhandlungen 1862 ausgesprochenen Ansicht“ dokumentire,[69] noch liegt es in meiner Intention ohne Noth Punkte zu besprechen, die mir zwar ebenso der Berichtigung würdig wie bedürftig erscheinen, indess hier ohne Beeinträchtigung der Gesammtauffassung auf sich beruhen können. Vielmehr lege ich mir gern die Selbstbeschränkung auf, die Darstellung einer Theorie abzubrechen, sobald ich das Urtheil über ihren Werth nicht länger für zweifelhaft erachte. Ist es doch ohnehin eine undankbare Aufgabe den Kritiker

[66] a. a. O. Abh. S. 69 und 74.

[67] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 276 fg. und S. 313.

[68] a. a. O. im Gerichtssaal 1876 S. 187.

[69] a. a. O. in Goltdammers Arch. S. 311, im Gerichtssaal pro 1875 S. 153 und in seiner Lehre von der Causalität S. 152—154.

spielen zu müssen; ich konnte mich aber ihr nicht entziehen, wollte ich das Bild, das die heutige Versuchslehre darbietet, genügend beleuchten.

Dagegen hat v. Buri, soweit er die Bestrafung des s. g. untauglichen Versuchs lehrt, mehrfach Beifall gefunden. Indessen interessiren hier nur die Fälle, in denen die Wirkung durch metaphysische Kräfte oder durch abergläubische Mittel angestrebt wird, indem im Uebrigen auch die Anhänger der subjektiven Theorie die Straflosigkeit solcher Versuchshandlungen zugestehen. Wir haben uns daher mit v. Buri nur noch in soweit zu beschäftigen, als er und seine Anhänger von der gemeinen Ansicht abweichen und Eigenthümlichkeiten lehren, denen wir in der Litteratur heut zu Tage nicht noch anderweitig begegnen.

v. Buri hat sich über die hier interessirende Frage mehrfach ausgelassen, am ausführlichsten in einem Aufsatz im Gerichtssaal und in seiner von uns vorzugsweise gewürdigten Abhandlung in Goltdammers Archiv. Dort erklärt er, dass die Bestrafung des Versuchs mit abergläubischen und sympathetischen Mitteln allerdings dem natürlichen Rechtsgefühl widerspreche, dass aber auch seine Theorie sie gar nicht verlange. Allein er versichert dies zu Unrecht, da er den Thäter nur dann so leichten Kaufes davon kommen lässt, wenn ihm der Nachweis nicht geführt werden kann, dass er auch an die zauberhafte Macht der von ihm angerufenen Kräfte geglaubt habe. Er fährt nämlich unmittelbar im Anschluss an seine soeben citirte Behauptung fort:[70]

„*Wer einen Ochsen zum Tanzlehrer nehmen will oder einen Esel unter den Musikanten sucht, dem wird man trotz der Versicherung der Ernstlichkeit seines Vorhabens nicht glauben, man müsste ihn denn für einen Narren halten. Absolut unmöglich ist die Ausführung seines Vorhabens gerade nicht — der Esel als Flötenspieler ist ja eine bekannte Figur — aber die Verhältnisse sind nicht dazu angethan, einen ernstlichen Willen erkennen*

---

[70] a. a. O im Gerichtssaal pro 1868 S. 330.

zu lassen .... Sobald aber aus dem Geschehenen zugleich erhellt, dass aus Irrthum das Mittel für tauglich angesehen wurde, dann unterliegt die Ernstlichkeit des Willens keinem Zweifel, sollte auch in Wirklichkeit die Absicht ganz unerreichbar gewesen sein. Der Versuch ist dann strafbar."

Ganz ähnlich argumentirt er in der citirten Abhandlung in Goltdammers Archiv, indem er erklärt, dass das Todtbeten nur unter besonderen Umständen strafbar sein könne, da sich ohne sie ein qualificirtes Geständniss nicht denken lasse. Zur Illustration seiner Ansicht führt er dabei an, dass der Beweis nur dann überzeugend sein werde, wenn constatirt werden könnte, dass der Thäter die Wahrnehmung gemacht habe, dass bereits wiederholt Menschen nach seinem Gebet in auffallender Weise ums Leben gekommen seien.[71]

Die Prämissen, die zu dieser Rechtsanschauung geführt haben, sind von uns genügend beleuchtet worden, jetzt wollen wir nur noch einen Augenblick bei der Consequenz verweilen. Abgesehen davon, dass nach dem von v. Buri gegebenen Beispiel nur die Wiederholung derselben That den Gegenstand einer Untersuchung bilden soll, würden sich auch Fälle construiren lassen, in denen Jemand die Beobachtung gemacht zu haben glaubt, dass Seuchen und Epidemieen die Folgen seines Gebets oder seiner Zauberformeln wären. Wir hätten es dann unter Umständen mit einem Massenmörder zu thun, gegen den ein Thomas oder ein Fieschi wahre Stümper wären.

Was aber für den Mord gilt, wird auch bei Gleichheit des Grundes für die Sachbeschädigung gelten müssen. Wer dort die Anklage erheben lässt, wenn magische Kräfte gegen einen Menschen in Bewegung gesetzt werden, darf sie auch nicht ablehnen, wenn es sich um eine angeblich verhexte Kuh handelt. Die finstersten Zeiten des Mittelalters wären damit reaktivirt, nur Name und Strafart hätten sich geändert. Was die Vehmgerichte im 15. und 16. Jahrhundert

[71] a. a. O. S. 312.

mit Hexerei bezeichneten, würden wir Versuch nennen, und an die Stelle der Leibesstrafe wäre die Freiheitsstrafe getreten. Das wäre der ganze Unterschied. Ja bis zu den XII Tafeln würden wir zurückgehen. Das excantare fruges hätte seine praktische Bedeutung noch nicht ganz verloren, obgleich Seneca vor länger als 1800 Jahren diese Gesetzesstelle mit den Worten abfertigt:[72]

„*Rudis antiquitas credebat et attrahi imbres cantibus et repelli, quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei caussa nullius philosophi schola intranda sit.*"

v. Buri mag daher allenfalls auf Zustimmung rechnen, so lange ein vermeintliches Attentat auf das Leben in Frage kommt, aber ich glaube nicht, dass er Gefolgschaft auch dann noch finden würde, wenn er die Consequenz seiner Lehre auch auf die Sachbeschädigung ausdehnen wollte.

Ist doch schon die Anhänglichkeit von Lammasch, soweit der untaugliche Versuch in dem in Rede stehenden Umfang in Frage kommt, nur eine scheinbare. Derselbe schliesst nämlich die Anwendung von Sympathiemitteln, wenngleich ohne genügende Motivirung, nicht blos vom Gebiete des Versuchs aus, sondern er will auch das Todtbeten nur dann gestraft wissen, wenn dasselbe, der Absicht des Thäters entsprechend, in Folge einer Gemüthsaffektation zur Todesursache wird.[73] Dabei übersieht er freilich, dass die Frage, die er beantwortet, verschieden von der ist, die er sich gestellt hat; denn bei der von ihm supponirten Sachlage ist das Gebet völlig Nebensache, es ist nur ein Mittel, einen Schrecken zu erzeugen, so dass er ganz ebensogut sich der Untersuchung hätte unterziehen können, ob der wegen Mordes strafbar sei, der das Herz eines Anderen absichtlich durch eine Trauerbotschaft gebrochen habe. Das ist aber etwas ganz anderes als v. Buri lehrt. Nicht darum, ob sich der Causalzusammenhang durch psychische Einwirkung herstellen lasse, dreht sich der Streit,

---

[72] Seneca: Ad Lucilium Naturalium quaestionum IV, 7.

[73] Lammasch a. a. O. S. 77 fg.

sondern darum, ob die Objektivirung des verbrecherischen Willens in irgend einer beliebigen Form ausreicht, den Thatbestand des strafbaren Versuchs zu erfüllen. Freilich hat auch v. Buri, dem Commentator des Hessischen Gesetzbuches, Breidenbach folgend,[74] beide Fragen ursprünglich nicht genügend scharf geschieden[75] und dadurch Lammasch inducirt, nicht blos das Todtbeten für strafbar zu erklären, während er in Wahrheit nicht zwischen physischen und psychischen Mitteln geschieden wissen will, sondern auch noch überdies v. Bar eines Irrthums zu zeihen, wenn derselbe als die Consequenz der v. Buri'schen Theorie die Bestrafung von Wahnverbrechen in dem hier in Rede stehenden Sinne bezeichnet.[76]

Seeger, der sich möglichst eng an die Lehre der Italiener anschliesst,[77] neigt sich zwar der Bestrafung des Versuches mit abergläubischen Mitteln zu, indess ist auch seine Billigung der letzten Consequenzen der subjektiven Theorie nur eine scheinbare. Denn weit entfernt, hierin einen echten Versuch zu finden, will er ihn vielmehr legislatorisch der Drohung analog behandelt sehen.[78] Unter diesen Umständen hätte er allerdings correkter gehandelt, wenn er eine Sache nicht mit einem Namen bezeichnet hätte, der seiner eigenen Ansicht nach ihrem Wesen nicht entspricht.

Dagegen ist Hertz[79] ein wirklicher Anhänger der v. Burischen Lehre in diesem ihrem extremsten Theile. Freilich verwechselt auch er die Kraft des Gebetes mit der des Affektes,[80] indess berührt dies seinen principiellen Standpunkt nicht, da er zwischen den abergläubischen und den sonstigen absolut untauglichen Mitteln keinen Unterschied sta-

---

[74] Breidenbach a. a. O. Bd. 1 S. 162.

[75] v. Buri: Abhandlungen S. 68.

[76] a. a. O. S. 78 Note 5.

[77] Seeger: Bemerkungen zu dem Entwurf eines Nordd. Straf-G.-B. pp. in Goltdammers Arch. pro 1870 S. 227 fg.

[78] a. a. O. S. 243 und 244.

[79] Hertz: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln (Hamburg 1874).

[80] a. a. O. S. 38.

tuirt. Eine ganze Reihe von unrichtigen Voraussetzungen hat ihn zu diesem Resultat geführt, das er selbst so wenig ertragen kann, dass er es ohne Aenderung der Gesetzgebung, insbesondere ohne Freigabe des Minimalsatzes für praktisch unverwerthbar erklärt.[81]

Von der Ansicht nämlich ausgehend, dass der objektive und der subjektive Standpunkt den Versuchsbegriff zu vernichten gedroht, und dass bisher die Controverse über den untauglichen Versuch allseitig eine verfehlte Behandlungsweise erfahren habe, will er durch eine neue Methode Hilfe schaffen. „Wir wollen, sagt er, versuchen, den Begriff des Mittels abzugrenzen, den Begriff der Tauglichkeit und Untauglichkeit des Mittels möglichst klar zu stellen, und wollen sodann auf Grund des gewonnenen Resultates erörtern, ob eine Vergleichung der verschiedenen Kategorieen von Versuchshandlungen unter einander zur Aufstellung principieller Gegensätze berechtigt.“[82]

Als Mittel bezeichnet er aber die Naturkräfte, deren sich der Wille bedient, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.[83] Schon diese Definition ist irrig. Ich vermag nicht anzuerkennen, dass Messer, Gabel und Löffel Naturkräfte sind, und doch werden wir sie wohl unter die Mittel zählen. Umgekehrt ist die Kraft, die Ebbe und Fluth bewirkt, wohl eine Naturkraft; dass sie darum aber irgend wo als Mittel in Betracht kommt, ist mir unbekannt. Indess wäre doch damit der Begriff des Mittels abgegrenzt. Hertz verliert aber das Thema, das er sich gestellt hat, dermassen aus dem Auge, dass ihn die Erwägung, dass der Mensch die Naturkräfte nicht in dem Maasse beherrscht, um des Erfolges sicher zu sein, zu der gar nicht in seiner Disposition liegenden Untersuchung verleitet, in wie weit Uebereinstimmung und Zwiespalt zwischen Geschehenem und Gewolltem von dem Mittel abhängt, das zur Anwendung gebracht wird. Um dies zu erörtern, glaubt er zuvor „einige

[81] a. a. O. S. 88—90.
[82] a. a. O. S. 6.
[83] a. a. O. § 1 S. 6.

den Begriff des Mittels begrenzende Linien" ziehen zu müssen.[84] Dieselben müssen jedoch zu fein ausgefallen sein, meiner Wahrnehmung haben sie sich wenigstens vollständig entzogen. In den folgenden Paragraphen setzt nämlich Hertz auseinander, dass der Wille, um zur That zu werden, der Vermittelung bedürfe, von dieser aber nur dann die Rede sein könne, wenn die erstrebte Veränderung in der Aussenwelt durch dieselbe Kraft herbeigeführt worden sei, welche der Wille zu diesem Zweck in Bewegung gesetzt habe. Damit stehe die Controverse über den error in objecto und die aberratio ictus im Zusammenhange. (!) Sodann ist er der Meinung, dass der Mangel eines Zieles die Anwendung von Mitteln, durch die es erstrebt werden solle, von selbst ausschliesse. (!) Verfehle dagegen der auf ein erreichbares Ziel gerichtete Wille dasselbe, weil der eingeschlagene Weg nicht zu ihm führe, so müsse man von einem angewendeten Mittel sprechen. (Sonst also nicht!) Dieser wichtige Unterschied sei zeither in der Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt nicht immer genügend gewürdigt worden. Weiter tritt er der Ansicht der Rechtslehrer entgegen, welche den Begriff des Versuches auf solche Commissivdelikte beschränken, die zu ihrem Thatbestand einen gewissen Erfolg erfordern. Endlich findet er, dass bei der Controverse über den untauglichen Versuch häufig nur von einem Mittel gesprochen werde, während in Wahrheit ein Complex von Mitteln vorliege, indem man unberücksichtigt lasse, dass jede Kraft, die zu einem bestimmten Erfolge mitgewirkt hat, von gleicher Wesentlichkeit sei.[85]

Nunmehr kehrt Hertz endlich zum Begriff des Mittels zurück. Aber er findet sein Ithaka nach kaum zehn Seiten langer Abwesenheit nicht unverändert wieder. Inzwischen hat das Mittel aufgehört, eine Naturkraft zu sein; es ist zu einer in einer physischen Materie schlummernden Kraft ge-

[84] a. a. O. S. 7.
[85] §§ 2—5 S. 7—15.

worden.[86] Damit scheinen die Mittel im engeren Sinne gemeint zu sein.

Man mag nun an dem früheren Begriff festhalten oder sich mit dem neuen befreunden, obwohl der eine ebenso unhaltbar erscheint wie der andere,[87] in jedem Fall kann Hertz schon jetzt drei Inconsequenzen nicht entgehen. Die eine besteht darin, dass er das Gebet, oder richtiger gesagt den Affekt, als Mittel zur Tödtung bezeichnet;[88] es dürfte aber schwer fallen, hierin eine Naturkraft oder eine physische Substanz zu erblicken. Die andere liegt darin, dass er, während er an der einen Stelle erklärt, dass der Wille ohne die Anwendung eines Mittels sich nicht zur That umsetzen könne, an einer anderen lehrt, dass die Commissivdelikte durch Unterlassung jede Mittelsanwendung ausschliessen.[89] Endlich sieht er bei den formalen Verbrechen die Körperorgane als Mittel an,[90] während er wieder hier darunter nur die Kräfte oder Stoffe versteht, die ausserhalb des Menschen liegen.

Jedenfalls glaubt Hertz nunmehr den Begriff des Mittels klar gestellt zu haben, und er lehrt im Weiteren, dass man Mittel und dessen Anwendung unterscheiden müsse, wolle man nicht gerade in den Fehler verfallen, der bisher allseitig bei der Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln gemacht worden sei.[91] Dies sucht er wie folgt zu begründen:[92]

> „*Das Mittel und seine stoffliche Grundlage decken sich nicht, sobald man sich vergegenwärtigt, dass ein und derselbe Stoff verschiedene Kräfte enthalten kann, von denen er für das zu erreichende Willensziel bald nur die eine, bald nur die andere Kraft herleiht.*“

---

[86] § 6 S. 15.

[87] Ich stelle damit selbstverständlich nur in Abrede, dass die Mittel im engeren Sinne den ganzen Begriff erfüllen.

[88] a. a. O. S. 36. 37. 38.

[89] a. a. O. S. 7 und resp. S. 40.

[90] a. a. O. S. 10 und 11.

[91] a. a. O. S. 24.

[92] a. a. O. S. 15.

„Wohnen ein und demselben Stoffe verschiedene Kräfte inne, von denen jede einzelne für sich ohne Mitwirkung der anderen als Mittel verwerthet werden kann, so spricht man darum noch nicht von verschiedenartigen in demselben Stoff enthaltenen Mitteln, sondern gelangt zu dem Begriff der verschiedenen Anwendung des identischen Mittels.“

Hertz will damit sagen, dass es Stoffe giebt, die sich zum selben Zweck in verschiedener Art anwenden lassen, dass man, um ein von ihm an einer anderen Stelle gegebenes Beispiel zu gebrauchen, mit einem Gewehr einen Menschen nicht blos erschiessen, sondern auch erschlagen kann.[93] Fern sei es von mir, die Wahrheit dieser Behauptung bestreiten zu wollen! Allein zweierlei vermag ich nicht einzusehen. Einmal verstehe ich nicht, weshalb Hertz die Mittel, die nach seiner eigenen Ansicht eine solche Mehrseitigkeit der Behandlung ausschliessen, ganz ausser Betracht lässt. Sodann will mir nicht einleuchten, wie uns die von ihm gelehrte Distinktion berechtigen sollte, von den thatsächlichen Verhältnissen zu abstrahiren, aus der Handlung das in ihr figurirende Mittel herauszunehmen und die Waffe, mit der Jemand seinen Todtfeind erschiessen will, als ein Stück Holz anzusehen, mit dem man einen beliebigen Menschen erschlagen kann. Aber noch auffallender ist die Behauptung von Hertz, dass er es den Mitteln ansehen will, ob ihre Anwendung zur Vollendung oder zum Versuch führen wird. Zu dieser Voraussicht der Zukunft hält er sich durch folgende Erwägung für berechtigt:[94]

„Wird aber auch angegeben, durch welche Kraft eines Stoffes die beabsichtigte Wirkung herbeigeführt werden soll, so ist damit durchaus noch nichts Erschöpfendes über die Anwendung eines Mittels gesagt.

Vor Allem kommt es darauf an, mit welchen anderen Mitteln vereint, ein Mittel zu wirken berufen ist, und welche bestimmten Kräfte dieser anderen Mittel in An-

---

[93] a. a. O. S. 31.

[94] a. a. O. S. 16.

spruch genommen werden. Dass der Erfolg sicher ist, lässt sich aber auch nach dieser Angabe noch nicht sagen, sondern hängt noch von der Reihenfolge ab, in der diese gesammten Kräfte innerhalb der Ausführungshandlung aufeinander und gegen das Ziel wirken.

Jede einzelne Kraft muss endlich in einer dem erstrebten Willensziele angemessenen Stärke vorhanden sein. Erst wenn alles dies bestimmt ist, lässt sich unter der Voraussetzung, dass keine äussere Kraft störend in die Ausführungshandlungen eingreift, darüber ein Urtheil fällen, ob die Anwendung eines Mittels zur Vollendung oder nur zum Versuch führen wird.

Danach wäre es genügend, die Construktion eines Gewehres, die Art und Weise, wie es geladen ist, und die Distance zwischen dem Schützen und seinem Ziele anzugeben, und Hertz wäre „sofern keine äussere Kraft störend eingreift", im Stande, einen Blick in die Zukunft zu thun, wie er uns anderen Sterblichen vom Schicksal nicht vergönnt ist. Wir haben also hier die Lehre von v. Buri in der umgekehrten Gestalt. Dieser erklärt uns, dass erst der eingetretene Erfolg uns sagen kann, ob der Weg zum Ziel der richtige gewesen sei, während Hertz sich aus der Anwendung der Mittel eine Prognose über den Verlauf des Naturcausalismus zutraut.

Ich würde mich bei diesen Punkten gar nicht aufgehalten haben, würden sie nicht den Kern der ganzen weiteren Entwickelung bilden. Denn die Unterscheidung zwischen Mittel und deren Anwendung dient Hertz dazu, den Nachweis zu führen, dass jeder Stoff an sich geeignet sei, ein bestimmtes Willensziel zu realisiren. Immerhin liessen sich Complikationen denken, in denen ein Mittel, sei es allein, sei es in Verbindung mit beliebigen anderen den Effekt zu produciren im Stande sei.[95] Vorsorglichen Sinnes fügt er jedoch hinzu, dass seine Behauptung sich nur auf die Verbrechen beziehe, die die Anwendung von Mitteln in der engeren Bedeutung des Wortes erforderten. Man sei daher nicht berechtigt,

---

[95] a. a. O. S. 21—27.

aus der „Unmöglichkeit, einen Meineid mit Zucker oder Arsenik zu begehen, etwas gegen die Richtigkeit der von ihm entwickelten Grundsätze herzuleiten.“[96]

Ob er nicht besser gethan, anstatt eine so wenig fruchtbare Wahrheit auszusprechen, dem Grund der Erscheidung nachzugehen und zu untersuchen, weshalb bei der Controverse über den untauglichen Versuch die Mittel in der engeren Bedeutung nur bei einer bestimmten Kategorie von Verbrechen eine Rolle spielen, bei der anderen dagegen nirgends erwähnt werden, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls ist es bei einem solchen Standpunkt ganz erklärlich, wenn man zwischen Sympathiemitteln und Arsenik, zwischen Gebet und Dolch, zwischen einem Pfropfen und einem geladenen Gewehr keinen Unterschied findet.[97] Kann ich mir hinzu denken, was mir beliebt, so hindert mich nichts, mir eine Situation auszumalen, in der ein Blatt Papier eine Blutvergiftung, ein Stück Zucker eine Erstickung herbeiführt.[98] Aber, was dem Einen recht ist, ist dem Andern billig. Hält sich Hertz für befugt, die Mittel, die den Erfolg an sich nicht hervorbringen können, durch andere in seiner Phantasie zu verstärken, um sie durchweg als tauglich zu bezeichnen, so kann er es mir nicht verwehren, dass ich den entgegengesetzten Weg einschlage und ebensoviel hinwegnehme als er hinzuthut und deshalb alle Mittel für untauglich erkläre. Wir wären damit beide der Wahrheit gleich nahe oder von ihr gleich entfernt.

Jedenfalls sollte man meinen, dass Hertz danach lehren werde, dass in allen Versuchshandlungen ein taugliches Mittel figurire; aber das genaue Gegentheil davon spricht er aus.[99] Er verwechselt nämlich Tauglichkeit und Wirk-

---

[96] a. a. O. S. 22.

[97] Treffend ist seine eigene Kritik S. 24 „Zu solchen Consequenzen gelangt man aber nur, wenn man das Mittel von seiner Anwendung scharf sondert.“

[98] cf. S. 24. 37. 38.

[99] a. a. O. S. 20. 21. 40. 41. 43. 44.

samkeit und kommt dadurch in die ganz eigenthümliche Situation, dass er die Mittel Metamorphosen der wunderbarsten Art durchmachen lassen muss. Von Haus aus tauglich, wird der Dolch in der Hand des Mörders untauglich, im Vorbereitungsstadium zur Tödtung geeignet, wird er im Ausführungsstadium dazu ungeeignet, am Morgen eine Mordwaffe, ist er des Abends, mit Blut bespritzt ein harmloses Spielzeug.[100] Tritt der Thäter freiwillig zurück, so bleibt die Qualität des Mittels einfach unentschieden, und Hertz beruhigt sich hierbei um so leichter, als die Frage in Folge der gesetzlich angeordneten Straflosigkeit ohnehin keinen praktischen Werth habe.[101] Wie aber, wenn dieselbe Waffe einmal zum Ziele geführt hat und das andere Mal nicht? Nach Hertz müssten wir sie gleichzeitig für tauglich und untauglich erklären. So wenig merkt er den Irrthum, in dem er sich bewegt, dass er im Gegentheil uns noch über das Befremdliche der Erscheinung, dass ein an sich taugliches Mittel in der Hand des Thäters sich in ein untaugliches verwandeln könne, Aufklärung geben will. In der zweckwidrigen Anwendung sieht er den Grund der Metamorphose.[102] Der Gast also, der einen Bierkrug an den Kopf des Wirthes wirft, dass dieser todt zusammenbricht, hat das Trinkgefäss zweckgemäss, und der Soldat im Felde, der auf den Feind, ohne ihn zu treffen, schiesst, hat das Gewehr zweckwidrig behandelt! Hertz geht sogar noch weiter und nimmt, „um den Begriff nicht unter den Händen zu verlieren“, ein untaugliches Mittel auch noch dann an, wenn eine schwere Körperverletzung anstatt des Todes eingetreten ist.[103] Dabei verwechselt er wieder Versuch und Mittel, denn er motivirt seine Ausdrucksweise damit, dass jeder Versuch in einem Irrthum bestehe, indem von dem Thäter die zur Vollendung erforderliche Summe der Voraussetzungen als vorhanden an-

[100] a. a. O. S. 20. 30. 55.
[101] a. a. O. S. 40. 58.
[102] a. a. O. S. 24. 27. 30. 42.
[103] a. a. O. S. 42.

genommen würde, während in Wahrheit noch den Erfolg bedingende Momente fehlten.[104] Daran schliesst er die Bemerkung, dass man die Mittel, in denen sich solche ungenügenden Voraussetzungen verkörperten, als untaugliche bezeichnen könne.[105] Danach müsste sich im Gewehr plastisch nachweisen lassen, es habe der Mörder nicht vorausgesehen, dass der Mensch, auf den er ziele, sich im Moment des Schusses bücken werde, ganz abgesehen davon, dass der Irrthum mit dem Mangel prophetischer Gabe identificirt ist. Nimmt doch Hertz nicht den geringsten Anstand, expressis verbis den Irrthum als die mangelhafte Auffassung der Gegenwart oder der Zukunft zu charakterisiren.[106]

Man sollte meinen, dass damit die Frage, ob zwischen den absolut und relativ untauglichen Mitteln ein Unterschied sei, zur Spruchreife gediehen wäre. Sind alle Mittel von Hause aus gleich tauglich, werden sie durch die Anwendung beim Versuch gleich untauglich, liegt überall ein Irrthum vor, so wüsste ich wenigstens nicht, was noch Gegenstand weiterer Erörterungen sein sollte. Nicht so Hertz, der nunmehr auseinandersetzt, dass man zwischen zwei Kategorieen von Versuchshandlungen unterscheiden müsse; bei der einen sei in jedem Moment der Ausführung die Möglichkeit des Erfolges ausgeschlossen, bei der anderen sei sie bei deren Beginn vorhanden und entschwinde nur in deren weiteren Verlauf.[107] Dabei fasst er den Begriff der Möglichkeit ganz nach seinem Belieben bald conkret, bald abstrakt auf. Deshalb nimmt er eine untaugliche Versuchshandlung an, wenn A dem B eine zu geringe Dosis Gift reicht,[108] während er wieder von einer tauglichen spricht, wenn in Folge eines Fehlschusses der Erfolg ausbleibt.[109] Zwar giebt er zu, dass

---

[104] a. a. O. S. 43.
[105] a. a. O. S. 44.
[106] a. a. O. S. 52.
[107] a. a. O. S. 53 fg.
[108] a. a. O. S. 63.
[109] a. a. O. S. 61.

in dem einen wie anderen Falle die Voraussetzungen, von denen das Misslingen der That in concreto abhing, bereits beim Beginn der Ausführung vorhanden waren, allein er ist der Meinung, dass man den Möglichkeitsbegriff vernichten würde, wollte man die Consequenz auf die Spitze treiben,[110] und deshalb entscheidet er sich bei dem geladenen Gewehr den Begriff abstrakt, bei der zu geringen Dosis Gift ihn conkret zu gebrauchen.

Damit hat er aber den entscheidenden Schritt gethan. Denn nunmehr ist jedes Hinderniss beseitigt, weshalb er die absolut untauglichen Mittel anders behandeln sollte als die relativ untauglichen. Kommt es auf den conkreten Erfolg an, so wird sich nichts dagegen erinnern lassen, wenn man Zucker und Zauberformeln mit einer ganz unzureichenden Dosis Gift in dieselbe Kategorie stellt.

Das sind die Voraussetzungen, auf Grund deren Hertz sich für berechtigt hält, die absolut untauglichen und die unzulänglichen Mittel in die Klasse des Versuches einzureihen, in der er die Möglichkeit des Erfolges in concreto von vornherein ausgeschlossen sieht und ihr diejenige gegenüber zu stellen, in welcher er in abstracto beim Beginn der Ausführung die Chancen des Gelingens als vorhanden annimmt. Er glaubt deshalb sein thema probandum ausreichend bewiesen zu haben, wenn er noch darthut, dass die Gründe, womit die Strafbarkeit des Versuches gerechtfertigt wird, auf die eine wie die andere Kategorie Anwendung finden.[111]

Bei solcher Willkür wird es uns nicht überraschen, wenn Hertz zunächst die Gleichheit beider Arten lehrt, indem er findet, dass jede Versuchshandlung unschädlich sei.[112] Dabei vergisst er freilich, dass er selbst von den schweren Verletzungen gesprochen hat, die sie zur Folge haben könne. Dies hindert ihn aber nicht zu erklären, dass mit dem Ein-

---

[110] a. a. O. S. 61.
[111] a. a. O. S. 59 und S. 66 fg.
[112] a. a. O. S. 65.

tritt irgend eines Schadens jede Gefahr beseitigt sei,[113] so dass danach die Angehörigen am beruhigtsten sein könnten, wenn der Arzt ihnen eröffnet, dass der Patient in Folge einer Verwundung zwischen Leben und Tode schwebe.

Es wird uns weiter nicht auffallen, dass Hertz dann wieder eine Verschiedenheit zwischen der einen und anderen Klasse findet, indem er den tauglichen Versuch für gefährlich, den untauglichen für ungefährlich erachtet,[114] dass er dort die Bildung eines Causalzusammenhanges für möglich, hier für unmöglich hält.[115]

Wir werden uns endlich nicht wundern, wenn er solche Differenzpunkte für zu unbedeutend findet, um sich nicht zum Schluss zu dem Resumé für berechtigt zu erachten, dass „die bisherige Untersuchung keine Momente ergeben habe, „nach denen man die untauglichen von den tauglichen Versuchshandlungen rücksichtlich der Strafbarkeit zu sondern „berechtigt wäre.“[116] Schliesslich versichert er, im Widerspruch mit v. Buri, dass auch das Rechtsbewusstsein sich verletzt fühlen würde, wollte man eine so frevelhafte That wie das Todtbeten ungeahndet lassen.[117]

Aber sein Sinn ist weicher, als es die Starrheit der Consequenz erfordern würde, er bittet den Gesetzgeber, die Fälle des s. g. untauglichen Versuches milder zu bestrafen.[118] Damit spricht er ein Verlangen aus, das fast von Allen, die auf seinem Standpunkt stehen, erhoben worden ist.[119] Das Gefühl lehrt so den Unterschied zwischen dem Normalversuch

[113] a. a. O. S. 66.

[114] a. a. O. S. 66.

[115] a. a. O. S. 74.

[116] a. a. O. S. 83.

[117] a. a. O. S. 88.

[118] a. a. O. S. 89 und 90.

[119] Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums S. 94 fg. In Note 129 werden als damit übereinstimmend Oerstedt, Escher, Selchow, Stübel, Steltzer, Bauer und Hermann aufgeführt. Köstlin: Neue Revision § 428 S. 428 fg. In seinem System hat er seine Meinung gewechselt und die Anwendung von abergläubischen Mitteln für straffrei erklärt. S. 228 u. ibid. Note 3.

und demjenigen, in welchem abergläubische Mittel gebraucht werden, während ihn der Verstand zu leugnen sich bemüht. Man mag es allenfalls vertheidigen, dass dergleichen frivole Handlungen als grober Unfug bestraft werden, aber man verlange nicht, dass der Gesetzgeber sich der Lächerlichkeit dadurch aussetze, dass er eine Kategorie von Mördern schaffe, die ihre grausige That mit 30 Mark Geldbusse oder mit 10 Tagen Haft zu sühnen hätten. Ich sollte meinen, dass das Volksbewusstsein mehr dadurch irregeleitet werden möchte, wenn man eine Schwurgerichtsverhandlung zu einer Comödie herabwürdigen wollte, als wenn man die letzten Spuren einer abergläubischen Zeit ihrer naturgemässigen Heilung überliesse.

Ich vermag daher den Eindruck, den v. Buri von der Hertz'schen Brochüre gewonnen und der an ihr nur das auszusetzen gefunden hat, dass sie sich noch nicht zur vollen Klarheit der subjektiven Theorie emporgeschwungen habe,[120] nicht zu theilen. Weder vermag ich anzuerkennen, dass sie „überzeugend" den Mangel des objektiven Thatbestandes des Versuches oder die rechtliche Gleichheit zwischen den absolut und relativ untauglichen Mitteln nachgewiesen habe, noch finde ich durch sie einen neuen Grund erbracht, der unser Urtheil über den subjektiven Standpunkt zu alteriren vermöchte. Eine Lehre, die, man mag sie in der ihr von Köstlin gegebenen oder in der von v. Buri modificirten Gestalt betrachten, immer wieder darauf hinausläuft, den Mangel im Thatbestand unter dem Namen Versuch als Milderungsgrund zu erklären, glaube ich als unhaltbar bezeichnen zu müssen.

B. Die objektive Theorie.

§ 7.

Im Allgemeinen.

Das Verdienst der objektiven Theorie besteht somit darin, dass sie der Thatseite des Versuches zu ihrem Recht

[120] v. Buris Kritik der Hertz'schen Brochure im Gerichtssaal pro 1875 S. 153. 154.

zu verhelfen bestrebt war, ihr Fehler dagegen darin, dass sie an dem Begriff der italienischen Doktrin festhielt. Sie hat daher nicht, wie v. Buri annimmt,[1] ein neues System entwickelt, sondern sich begnügt, von Controverse zu Controverse die gegnerische Seite zu bekämpfen. Eben deshalb ist eine zusammenhängende Darstellung ihrer Lehre nicht thunlich. Wir haben uns vielmehr mit ihr hier nur insoweit zu beschäftigen, als es sich um ihr Verhältniss zu dem traditionellen Versuchsbegriff im Allgemeinen handelt, um ihr später bei den einzelnen Controversen wieder zu begegnen.

Dass derselbe zu weit gefasst sei, ist ihr zwar nicht entgangen. Sie glaubte aber den daraus resultirenden Inconvenienzen zu entgehen, wenn sie den Gegensatz zwischen Vorbereitung und Ausführung adoptirend, die Lehre der Italiener bezüglich des Unterschiedes zwischen strafbarem und straflosem Versuch fortentwickelte.[2] Zu diesem Zweck rief sie die Strafrechtstheorieen zu Hilfe,[3] damit sie ihr beiständen, aus einer Situation herauszukommen, in die man sich ohne Noth begeben hatte. Sie wollte mit anderen Worten das Terrain zurückerobern, von dem sie fühlte, dass sie es zu Unrecht preisgegeben habe. Indem sie so der Strafjustiz einen Theil des begriffsmässig ihr zugewiesenen Gebietes entreissen wollte, war sie damit der Nothwendig-

---

[1] v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 61—65. Ueber das Wesen des Versuchs in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 271—276.

[2] Mittermaier: Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen im N. Arch. des Criminalrechts Bd. II S. 602 fg. Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks „Anfang der Ausführung“ im Gerichtssaal pro 1859 S. 197 fg. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I S. 78 fg. Rossi: Traité de droit pénal (Ausgabe von Faustin Hélie) Bd. II S. 115 fg.

[3] Zachariae a. a. O. Bd. I § 109 und 110 S. 205 fg. § 132 S. 250 fg. Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen im N. Arch. des Criminalrechts Bd. I S. 167. 168. a. a. O. Gerichtssaal pro 1859 S. 213—215 und S. 423. 424. cf. auch Berners Bemerkung in seinem Aufsatz: Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeendigte Versuch im Gerichtssaal pro 1865 S. 81.

keit verfallen, dem Verbrecher die ganze Versuchsstrecke nachzugehen, um bei jedem Schritt, den er gethan hatte, die Frage zu untersuchen, ob nunmehr Grund zur Strafe vorhanden sei. Sie war mithin seine beständige Begleiterin von dem Augenblick, in welchem er seinen Entschluss gefasst hatte, bis zu dem, in welchem er seine Thätigkeit beendigt oder eingestellt hatte. Sie holte ihn gewissermassen aus seiner Wohnung ab, begleitete ihn in die Kaufmannsläden, in denen er sich mit Pulver und Blei oder mit Schwefelhölzern versah, begab sich mit ihm an den Ort der That, und war so in seiner beständigen Nähe von der ersten Regung seines Herzens an bis zu dem Moment, in welchem sie ihn in den Händen der Criminaljustiz besser verwahrt glaubte. Aber auch so war das Resultat, das man erreichen wollte, nicht ohne Inconsequenz zu erlangen. Denn wenn man die eine That für strafbar, die andere für straflos erklärt, so giebt es dafür keinen anderen Grund als den, dass sie beide in ihrem Charakter verschieden sind. Demgemäss liefen alle Anstrengungen schliesslich darauf hinaus, den Begriff als zu weit gefasst blos zu legen; hätte er doch sonst nicht so heterogene Dinge zusammenfassen können. Um den Nachweis für diese unsere Behauptungen zu führen, bleibt nichts übrig, als dass wir einmal in der Gesellschaft der objektiven Theorie die Versuchsstrecke zurücklegen.

Den ersten Theil in ihr bilden die inneren Vorgänge. Die Untersuchung nach der Strafbarkeit hat selbstverständlich das Resultat, dass die Freiheit der Gedanken anerkannt wird. Die deutschen Schriftsteller nahmen dabei auf die in dem Ausspruch von Ulpian liegende Wahrheit: cogitationis poenam nemo patitur Bezug.[4] Die ausländischen betonten noch ausserdem, dass es nur Gott zukomme, Herz und Nieren zu prüfen.[5] Ganz ebenso haben bereits die

---

[4] Zachariae a. a. O. Bd. I § 98 und 99 S. 182—185. Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens S. 1 etc.

[5] Chauveau und Hélie: Theorie du Code pénal (Belgische Aus-

italienischen Praktiker argumentirt; sie haben sich einerseits auf die citirte Digestenstelle, andererseits auf den Unterschied zwischen forum divinum und saeculare berufen.[6] Wenn auch ihre Lehre in diesem Punkt unanfechtbar ist, so möchte man doch fragen, weshalb sie gerade in der Versuchsmaterie abgehandelt wird. Meines Erachtens hätte sie ganz ebenso gut an irgend einer beliebigen Stelle des Civilrechts traktirt werden können, um den Nachweis zu führen, dass der menschliche Wille sich bethätigen muss, um rechtlich in Betracht zu kommen.

Die Beschäftigung mit den primi motus, qui non sunt in potestate nostra, war somit überflüssig; aber auch die mit den actus verbi, in denen man den zweiten Versuchsschritt sah, wäre nicht minder überflüssig gewesen, da man sich von vornherein hätte sagen müssen, dass aus der Untersuchung kein anderes Resultat hervorgehen könne als das, Worte da für unzureichend zu erklären, wo das Gesetz Thaten verlange. Statt dessen verfiel man zunächst auf zwei Distinktionen, man schied Aeusserungen und Drohungen.[7] Bei jenen wies man nach, dass derjenige, der sich rühmt, ein Verbrechen begehen zu wollen, es damit noch nicht begangen habe,[8] bei diesen machte man wiederum zwei Subdistinktionen und unterschied so die Fälle, in denen die Drohung als vollendetes oder versuchtes Verbrechen in Betracht komme, von denen, in welchen sie den Willen, künftig ein Unrecht zu thun, bekunde.[9] Dort

---

gabe) S. 160 Nr. 551 Bd. I. Dalloz: Jurisprudence générale Bd. 42 S. 250 Nr. 6. Rossi a. a. O. S. 110 etc.

[6] Angelus Aretinus: de maleficiis tractatus. De poenis reorum sub 5. Albertus Gandinus: libellus super maleficiis. De poenis reorum sub 2. cf. auch Menochius: de arbitriis judicis quaestionibus et caussis. Lib. II Causs. 360.

[7] Zachariae a. a. O. § 103 S. 192. 193. Ortolan: Resumé des Elements de droit pénal Cap. IV. S. 116 Nr. 411 etc.

[8] Zachariae a. a. O. S. 193.

[9] Zachariae a. a. O. S. 194. 195. Rossi a. a. O. S. 134. 135.

sprach man sich für ihre Strafbarkeit, hier für ihre Straflosigkeit aus. Dabei übersah man aber zweierlei: einmal, dass man das Thema, mit dem man sich beschäftigen wollte, ganz aus den Augen verloren hatte, indem man, anstatt die Frage zu erörtern, wann die Strafbarkeit des Versuches beginne, die davon verschiedene behandelte, ob sich Aeusserungen unter den Begriff subsumiren lassen, und sodann, dass die ganze Lehre sich in die Worte zusammenfassen lässt: die actus verbi sind straflos, soweit sie nicht strafbar sind. Um dies zu beweisen, glaubten aber noch einige Schriftsteller sich auf das Sprichwort: „Wer droht, der thut nichts“ berufen zu müssen, und sie fanden dasselbe auch ganz zutreffend — soweit eben nicht der Gesetzgeber anderer Meinung war.[10] Ich kann darin nur ein Zeichen sehen, wie sehr die italienische Doktrin mit ihrer Verwechslung von voluntas sceleris und conatus delinquendi in succum et sanguinem übergegangen war, so dass man allen Ernstes die Frage diskutirte, ob derjenige, der einen Anderen mit Todtschlag bedroht, wegen versuchten Todtschlages angeklagt und verurtheilt werden könnte. Wären nicht die Rechtsquellen, die man zu Rathe zog, der Verneinung der Frage günstig gewesen[11] — wer weiss, was geschehen wäre.

Gleiche Schwierigkeit machte das Complott und die Anstiftung[12], die man für straflos hätte erklären müssen, wollte man die Behauptung, dass der Versuch durch Aeusserungen nicht begangen werden könne, aufrecht erhalten. Statt eine Begründung, weshalb diese Consequenz zurückgewiesen werden müsse, zu geben, beschränkt sich Zachariae auf folgende Bemerkung:[13]

„*Sobald die Mittheilung des Entschlusses verbunden ist*

---

[10] Chop a. a. O. S. 89. Rossi a. a. O. S. 134.

[11] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 193.

[12] cf. Rossi a. a. O. S. 136. Nicolini: Del Tentative Nr. 51 S. 36. Chauveau und Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 562. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 201.

[13] a. a. O. S. 201.

mit der Aufforderung zur Theilnahme oder eine Anstiftung enthält, oder, wie bei den Complottanten, eine gegenseitige Bestimmung zur gemeinschaftlichen Ausführung, so haben wir „offenbar“ schon äussere, die Vorbereitung des Verbrechens bezweckende oder auf die Hervorbringung desselben gerichtete Handlungen, die unter den Begriff des Versuches fallen.“

Der Worte waren nun genug gewechselt, man konnte den Verbrecher zur That schreiten lassen. Das Gebiet der Vorbereitung ward damit betreten, und es war nunmehr die Gelegenheit gegeben, die Frage zu erörtern, die am Anfang des Jahrhunderts die Gemüther so heftig bewegte, allmählich aber von der Tagesordnung verschwand, indem sie von den Legislationen durchweg im Sinne der objektiven Theorie entschieden wurde, und der Widerspruch hiergegen in der Wissenschaft immer mehr verstummte. So sehr wir auch alle Ursache haben, das Resultat dankbar zu acceptiren, so müssen wir doch gestehen, dass es uns als unverdientes Glück in den Schooss gefallen ist.

Denn man war einem Ziele zugesteuert, das der Richtung, in der man sich bewegte, diametral entgegengesetzt war. Man hatte nämlich als unbestritten vorausgesetzt, dass die Vorbereitungshandlungen, der conatus remotus der Italiener, unter den Versuchsbegriff fallen, und man hatte sich demgemäss die Aufgabe gestellt, den Nachweis zu führen, dass darum noch nicht ihre Strafbarkeit geboten sei. Wenn man daher bei einzelnen Vorbereitungshandlungen eine Ausnahme zu machen sich genöthigt sah, so hätte man zu dem Satze gelangen müssen, dass man es bei ihnen mit Fällen des strafbaren Versuches zu thun habe. Statt dessen erklärte man die Ausnahmen für delicta sui generis und darum den Versuchsbegriff auf sie nicht anwendbar,[14] als

[14] Meyer: Lehrbuch S. 197 und 193. Oppenhoff: Commentar Note 28 und 29 zu § 43 S. 97 (2. Ausgabe). cf. auch Gilbert: Les Codes annotés de Sirey (Paris 1874) S. 336 § 4 Nr. 39. Vielfach wird in der Litteratur bemerkt, dass man es bei den ausnahmeweise be-

ob ein Wort das Wesen der Sache zu ändern vermöchte. Damit ward aber etwas ganz anderes gelehrt, als man lehren wollte. Anstatt zu dem Satz zu kommen, dass Vorbereitungshandlungen straflos seien, war man zu dem gelangt, dass sie sich überhaupt nicht unter den Begriff, von dem man ausgegangen war, subsumiren liessen. War der strafbare conatus remotus kein Versuch mehr, so konnte es auch noch weit weniger der straflose sein, da ja auch er, die Möglichkeit seiner Strafbarkeit vorausgesetzt, nur als Specialdelikt hätte in Betracht kommen können. Man war also mit den Italienern Hand in Hand ausgezogen und hatte sich ganz unvermerkt genöthigt gesehen, ihnen unterwegs die Freundschaft aufzukündigen, indem man ihr cogitare, agere et non perficere denn doch als zu weit gehend erfasste.

Indess ist diese Ansicht, dass ein delictum sui generis aufhöre, dem Begriff anzugehören nicht unbestritten.[15] Insbesondere hat Zachariae ihr widersprochen, indem er geltend macht, dass bei der gegentheiligen Auffassung die Möglichkeit eines Versuches vom Versuche anerkannt und dass bei Begehung des schwereren Delikts gleichzeitig auch das geringere nach den Grundsätzen der Conkurrenz gestraft werden müsste.[16] Allein ich halte diese Einwendungen für unbegründet. Denn wenn, wie wir gesehen haben, der Begriff, mit dem Zachariae operirt, zur Annahme eines Versuches vom Versuche führt, so kann man den Fehler nicht dadurch verbessern, dass man eine lästige Consequenz ablehnt, sondern es bleibt nichts übrig, als einen anderen Ausgangspunkt zu wählen, damit eine solche unzulässige Folge von selbst in Wegfall komme. Ueberdies würde sonst, was auf der einen Seite gewonnen wird, auf der

---

drohten Vorbereitungshandlungen mit einem delictum sui generis zu thun habe, ohne zu erörtern, ob dadurch eine materielle Aenderung eintrete, eine Frage, die für den Rücktritt besonders wichtig erscheint.

[15] Hälschner: System des preuss. Strafrechts Bd. I S. 212 u. 213. Schwarze: Commentar Excurs X S. 120 und 121.

[16] Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 170 fg. und 289 fg.

anderen wieder verloren gehen. Das delictum sui generis wäre nämlich, wollten wir uns der Theorie von Zachariae anschliessen und den dolosen Anfang und Versuch identificiren, nur in seiner Vollendung strafbar. Man könnte denjenigen, der Platten zum Zweck eines Münzverbrechens anfertigt, erst bestrafen, wenn er sie vollständig präparirt hat, um die nöthigen lithographischen Arbeiten vorzunehmen. Der General, der verschiedene Truppenkörper nach der Residenz dirigirt, um erst nach deren Concentration zu der Aktion überzugehen, welche unmittelbar den Umsturz der Verfassung bezweckt, wäre nicht früher zur Verantwortung zu ziehen, als bis ein Armeekorps in der Hauptstadt des Landes eingetroffen sein würde. Ich glaube nicht, dass diese Consequenzen auf Billigung rechnen dürften.

Vor Allem ist aber die Grundanschauung irrig, dass man es bei den Specialdelikten der in Rede stehenden Art mit Vorbereitungs- oder mit materiellen Versuchshandlungen zu thun habe. Denn unter ihnen figuriren auch solche, welche keineswegs den auf ein schwereres Verbrechen gerichteten Dolus erfordern, so dass darnach die Möglichkeit entfällt, ihnen überhaupt den Charakter der Relativität zuzuschreiben. Wer das Erbieten zum Meineide[17] für eine Vorbereitung zu demselben erklärt, würde nicht blos gegen den Sprachgebrauch verstossen, sondern auch verkennen, dass die Verübung dieses Delikts keineswegs zugleich die Absicht, einen Meineid zu leisten, erfordert. Die Erfahrung, dass der Kläger nicht selten die Klage zurücknimmt, wenn er den Verklagten zur Eidesleistung bereit sieht, sei es, dass er dessen Gewissenhaftigkeit vertraut, sei es, dass er sich von einem neuen Process einen besseren Erfolg verspricht kann sehr wohl in Jemandem den Entschluss reifen lassen bis zu einer solchen Täuschung des Gegners vorzugehen, diese Grenze aber nicht zu überschreiten. Die deutschen Partikularrechte, welche die Verheimlichung der Schwanger-

---

[17] Nach § 136 des Braunschweigischen Gesetzbuches ein s. g. Specialdelict.

schaft zu einem Specialdelikt gemacht haben,[18] schliessen sogar ausdrücklich, die Absicht, einen Kindesmord zu verüben, als Begriffsmerkmal aus. Es ist daher unstatthaft, hierin eine Vorbereitung zu dem schwereren Verbrechen zu erblicken, man müsste denn leugnen wollen, dass ein präparatorischer Akt einen anderen, dem er dienen soll, voraussetzt. Daraus ergiebt sich, wie wenig die Ansicht von Zachariae begründet ist, dass bei den Specialdelikten der in Rede stehenden Art der Gesetzgeber den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung, den er bereits im allgemeinen Theil sanktionirt hat, im besonderen, „so zu sagen nur in Erinnerung habe bringen wollen.“[19]

Ebensowenig kann ich in den Grundsätzen der Strafenconkurrenz einen Umstand sehen, der uns zwänge, die delicta sui generis als Versuche zu behandeln. Ihre Unselbständigkeit bliebe auch dann gewahrt, wenn sich die Ansicht vertheidigen liesse, dass der Gesetzgeber von der Intention geleitet worden ist, ihre Strafbarkeit nur für den Fall zu billigen, dass es zum schwereren Delikt noch nicht gekommen sei. Es handelt sich mithin um die Frage, was wir als das leitende legislatorische Motiv zu erachten haben. Zachariae sieht es darin liegen,

> *„dass der Gesetzgeber entweder eine Handlung, deren Strafbarkeit durch die allgemeine Begrenzung des Strafgebietes ausgeschlossen oder mindestens zweifelhaft sein würde, einer Bestrafung zu unterwerfen für nöthig hielt, oder dass er sie anders, sei es härter, sei es milder mit Bestimmung eines anderen Maximum oder Minimum, einer anderen Strafart u. s. w. zu bedrohen sich veranlasst gefunden hat. Insbesondere — fügt er hinzu — wird bei einer Reihe solcher Bestimmungen die Ueberzeugung, dass die fragliche Handlung der Regel von der Straflosigkeit*

---

[18] Art. 166 des Bair. Ges. von 1813. Art. 171 Oldenburg. — Sachsen-Altenburg Art. 130. — Würtemberg Art. 34 des Polizeistrafgesetzes. — Hessen Art. 261 etc.

[19] Zachariae a. a. O. S. 171.

der blossen Vorbereitungshandlungen entzogen werden müsse, als Grund der besonderen Bedrohung zu betrachten sein.“[20]

Hierdurch finde ich aber die Sache wenig gefördert. Jede Strafvorschrift entspringt aus der Ueberzeugung ihrer Unentbehrlichkeit, und jede verfolgt die Tendenz, dem Bereich der Straflosigkeit Handlungen zu entziehen, die nicht ungeahndet gelassen werden können. Ebensowenig können die Specialdelikte dem Bestreben, eine Aenderung des Strafmaasses herbeizuführen, ihre Existenz verdanken. Der Gesetzgeber hätte alsdann nur nöthig gehabt, die Versuchsstrafe des betreffenden Verbrechens anders zu normiren, und es bliebe unaufgeklärt, weshalb er sich obendrein noch der Mühe unterzogen hat, die einzelnen Handlungen, die er zu delicta sui generis erhoben sehen wollte, genau zu beschreiben.

Vielmehr will er nach meiner Ansicht verhüten, dass Jemand von Strafe ganz verschont bleibt, der zu wenig gethan hat, um einer schweren Strafe zu verfallen und zu viel, um ganz frei auszugehen. Denn wenn er die Frage erwägt, welche vor einer bestimmten Rechtsverletzung liegende Handlungen eine Reaktion gegen den zu Tage getretenen verbrecherischen Willen erfordern, so beschäftigt er sich mit der Untersuchung, in welchen Fällen Strafe unter der Voraussetzung eintreten soll, dass der Thäter nicht so weit vorgeschritten ist, um wegen der grösseren Uebelthat zur Verantwortung gezogen werden zu können. Dies geht am klarsten bei den Specialdelikten hervor, die ihre Entstehung der Befürchtung verdanken, dass die Schwierigkeit des Beweises des schwereren Verbrechens zur völligen Straflosigkeit führen möchte. Wohl nur von diesem Gesichtspunkt aus lässt es sich erklären, dass eine Reihe von deutschen Partikularrechten in der Verheimlichung der Schwangerschaft ein delictum sui generis geschaffen haben.[21] Um

---

[20] a. a. O. S. 171 i. f. und S. 172.

[21] Schwarze: Versuch und Vollendung in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 278.

processualischer Grundsätze willen sind mithin Vorkehrungen getroffen, dass nicht volle Straflosigkeit eintrete, wenn es der Anklage nicht gelingen sollte, die Requisite der Kindestödtung als vorhanden nachzuweisen. Die Vorschriften über das Specialdelikt sind mithin nur eventuell, nur für den Fall anwendbar, dass wegen des schwereren Verbrechens ein freisprechendes Erkenntniss ergeht oder wegen desselben von vornherein eine Verfolgung ausgeschlossen erscheint. Wird dies aber als richtig anerkannt, soweit die gesetzgeberische Besorgniss aus processualischen Rücksichten entspringt, so ist nicht abzusehen, weshalb man bei der Kategorie von Specialdelikten, welche ihre Entstehung einer gleichen Vorsicht aus materiell-rechtlichen Gründen verdanken, sich einer abweichenden Auffassung sollte anschliessen müssen; dort wie hier soll verhütet werden, dass die principielle Straflosigkeit nicht zum Anreiz für den verbrecherischen Willen werde, sich bis zu einem Punkte vorzuwagen, von wo aus schon der nächste Schritt einen den Rechtsgütern bedrohlichen, wenn nicht gar einen sie bereits beeinträchtigenden Zustand schaffen würde.

Ich finde aber auch den diesseits vertheidigten Grundsatz in unserem Gesetzbuch anerkannt. Nachdem nämlich der § 82 das Verbrechen des vollendeten Hochverraths abgehandelt hat, verordnet der § 83, dass das Complott nur unter der Bedingung strafbar sein soll, dass es noch zu keiner der im § 82 bezeichneten Handlungen gekommen ist. Die Vorbereitungshandlung soll demnach hier kraft ausdrücklicher Vorschrift rechtlich nur dann in Betracht kommen, wenn die Ausführung des schwereren Verbrechens noch nicht begonnen hat. Es kann zwar nicht verkannt werden, dass Binding nicht ohne Grund die Ansicht ausspricht, dass hiermit eine Ausnahme von der die Strafenconkurrenz betreffenden Regel, wonach das geringere Delikt von dem grösseren nicht absorbirt wird, statuirt werden sollte.[22] Allein die Erwägung, dass der Gesetzgeber den

[22] Binding: die Normen und ihre Uebertretungen Bd. I S. 129. 123. 124.

Hochverrath nicht im milderen Lichte angesehen haben kann, als die Verbrechen, auf die er eine geringere Strafe gesetzt hat, rechtfertigt wohl den Schluss, dass, wenn er hier die Vorbereitung nur eventuell straft, er kaum gewillt gewesen sein dürfte, bei anderen Delikten einen strengeren Grundsatz einzuführen. Soll das Complott nur unter der Bedingung strafrechtlich verfolgt werden, dass es zur Ausführung des Hochverraths noch nicht gekommen ist, so wird wohl e majori ad minus zu folgern sein, dass analog das Münzvergehen nur dann den Gegenstand der Anklage bilden soll, wenn die verbrecherische Thätigkeit vor dem Münzverbrechen ihr Ende erreicht hat. Der Gesetzgeber verstösst somit nicht gegen die Grundsätze der Conkurrenz, sondern er hat von vornherein die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen von einer Bedingung in der Weise abhängig gemacht, dass dieselbe nicht mit der Existenz des schwereren Verbrechens in Wegfall, sondern durch dessen Nichtexistenz zur Entstehung kommen soll.

Wollte man sich dieser Auffassung nicht anschliessen, und die von Zachariae gelehrte aufrecht erhalten, so käme man nicht nur zu den unerträglichsten Consequenzen, sondern die ganze Untersuchung, betreffend die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen wäre ebenso nutzlos wie die bezüglich der Drohungen gewesen.

Denn zunächst würde man gerade zu dem Resultate kommen, das man als unstatthaft verwirft. Wären die Vorbereitungshandlungen materiell Versuche, so würde man die Conkurrenz von zwei Delikten annehmen müssen, wenn der Verbrecher zur Ausführung übergeht, gleichviel ob der Erfolg eintritt oder nicht. Mag auch immer die Vollendung den Versuch absorbiren, so hat sie doch nicht die Kraft noch einen zweiten selbständigen Versuch in sich aufzunehmen, und noch weit weniger vermag ein Versuch den anderen hinfällig zu machen. Wenn daher Zachariae von seinem Standpunkte aus im Ankauf von Gift einen conatus homicidii sieht, so müsste er, wenn das Gift eingegeben worden ist, je nachdem es sich als wirksam oder unwirk-

sam erwiesen, Conkurrenz von versuchtem und vollendetem Mord oder von zwei Versuchen annehmen. Der Grund also, welcher zur Lehre der materiell versuchten, formell vollendeten Verbrechen geführt hat, würde somit gerade die Folge herbeiführen, der man durch die Schöpfung eines neuen Begriffes entgehen wollte.

Sodann müsste man den Rücktritt auch nach vollendetem delictum sui generis als Strafaufhebungsgrund erachten, wenn man in ihm materiell einen Versuch des schwereren Verbrechens sieht. Zachariae hält es zwar für ganz selbstredend, dass in dieser Beziehung keine anderen Grundsätze für die Vorbereitungshandlungen gelten können, als die, welche sonst bei den Ausführungshandlungen zur Anwendung kommen, allein er scheidet dabei nicht genügend das Specialdelikt vom Hauptdelikt.[23] Es scheint vielmehr, als hätte er damit nur dem freiwilligen Rücktritt auch innerhalb der delicta sui generis die strafbefreiende Wirkung nicht versagen wollen, aber darum handelt es sich nicht hier, da dasselbe Resultat erst recht gebilligt werden müsste, wenn man den in Rede stehenden Handlungen die ihnen von der gegnerischen Seite abgesprochene materielle Selbständigkeit beilegt. Dagegen hat Schwarze die Consequenz mit voller Deutlichkeit gezogen und sich demgemäss dahin ausgesprochen, dass die Strafbarkeit des formell vollendeten Delikts hinfällig werde, wenn der Uebergang zu dem schwereren in Folge freier Selbstbestimmung unterbleibt.[24] Mit Recht ist aber dieser Ansicht mehrfach widersprochen worden.[25] Um nicht Gesagtes zu wiederholen und um nicht der Erörterung der Frage, in wieweit überhaupt der Rücktritt als Strafaufhebungsgrund zu erachten sei, vorzugreifen, will ich mich auf drei Einwendungen beschränken.

---

[23] Zachariae a. a. O. in Goltdammers Arch. Bd. III S. 171. 173.

[24] Schwarze a. a. O. S. 318.

[25] Meyer a. a. O. S. 202 Note 3. Oppenhoff a. a. O. Note 28 und 29 zu § 43 S. 97. Erk. des Ober-Trib. vom 7. Februar 1855 in Goltdammers Arch. Bd. III S. 237. 238.

Zunächst dürfte wohl nicht in Abrede zu stellen sein, dass der Gesetzgeber entgegengesetzter Ansicht gewesen sein muss. Denn wenn er im § 83 anordnet, dass das Complott nur dann strafbar sein soll, wenn es nicht zur Ausführung des hochverrätherischen Unternehmens gekommen ist, so macht er gerade von dem Umstande die strafrechtliche Verfolgung abhängig, der nach der Interpretation von Schwarze sie ausschliessen soll. Man kann auch hiergegen nicht einwenden, dass zwischen freiwilligem Abstehen und Verhinderung unterschieden werden müsse: ubi lex non distinguit neque nostrum est distinguere. Sodann lässt sich aber auch nicht annehmen, dass der Gesetzgeber gerade die Verbrechen, die er für so schwer wiegend erachtet hat, dass er ausnahmsweise auch ihre Vorstadien in gewissen Grenzen bestrafen zu müssen geglaubt hat, in der Weise wieder privilegirt haben sollte, dass er, während er sonst bei dem Versuch einen einfachen Rücktritt kennt, hier einen doppelten statuirt haben sollte: den einen innerhalb des Special-, den anderen innerhalb des Hauptdeliktes. Vor Allem aber führt die entgegengesetzte Meinung dahin, den Verbrecher, der über eine weitergehende frevelhafte Absicht verfügt, milder zu behandeln, als den, der sich von ihr frei erhält. Derjenige, welcher Platten, die zur Anfertigung von Metall- und Papiergeld dienen, der Kurzweil wegen anfertigt, wäre, da bei Uebertretungen die Grundsätze vom Versuch cessiren, nach § 360 Nr. 4 bedingungslos strafbar, der aber, welcher dasselbe gethan hätte, um ein Münzverbrechen zu verüben, könnte sich durch seine Sinnesänderung vor Strafe retten. Die Frauensperson, welche unter der Herrschaft der ehemaligen Partikularrechte ihre Niederkunft verheimlicht hätte, in der Absicht einen Kindesmord zu begehen, wäre, wenn sie ihren Entschluss fallen gelassen haben würde, vor jeder Anklage sicher gewesen, und diejenige, welche von vornherein nicht an einen Mord gedacht, würde sich eben deshalb in einer traurigeren Lage befunden haben. Wer unbefugt bewaffnete Haufen bildet, ist dem § 127 Straf-G.-B. definitiv verfallen, hätten dies

aber Mehrere nach geschehener Verabredung gethan, um damit ein hochverrätherisches Unternehmen vorzubereiten, so wären sie insofern begünstigt, als sie bei freiwilligem Rücktritt ganz straffrei ausgehen würden. Man wird zugestehen müssen, dass solche Consequenzen nicht in der gesetzgeberischen Intention gelegen haben können. Mit ihnen zu rechnen, hätte Zachariae um so mehr Veranlassung gehabt, als er ihnen sehr nahe getreten ist. Er hat nämlich erwogen, „dass eine Handlung, welche Versuch eines Verbrechens unter Voraussetzung einer bestimmten Absicht sein würde, auch ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder die Nachweisbarkeit einer solchen Absicht als Verbrechen hingestellt sein könne." Im Anschluss hieran fährt er wörtlich fort:[26]

> „*Es wird dann keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn das positive Recht überhaupt den Versuch für strafbar erklärt, insoweit dies der Fall ist, dann auch von einem Versuch dieses Verbrechens gesprochen werden kann, insofern nicht die Strafbarkeit aus anderen Gründen cessirt. Ein Beispiel bieten im Römischen Rechte die Bestimmungen der Leges de vi über das Ansammeln von Waffenvorräthen, das bewaffnete Auftreten auf dem Forum u. s. w. und im Preussischen Strafgesetzbuch kann man beispielsweise die Bestimmung des § 97 in Bezug nehmen, obwohl die Bedrohung der unbefugten Bildung bewaffneter Haufen u. s. w. mit höchstens zweijährigem Gefangniss die Anwendung des Versuchsbegriffes wegen § 33 des Strafgesetzbuches unpraktisch macht.*

Zachariae lehrt also, um bei dem von ihm gebrauchten Beispiel aus dem römischen Recht zu bleiben: Wäre bei uns heute noch die Lex Julia de vi publica in Geltung, wonach derjenige bestraft wurde: qui arma tela domi suae, agrove in villa praeter usum venerationis vel itineris vel navigationis coëgerit",[27] so könnte zwar in der Regel eine An-

---

[26] Zachariae a. a. O. in Goltdammers Arch. Bd. V S. 581.

[27] L. 1 D. 48. 6 (Ad Legem Juliam de vi publica).

klage wegen versuchter Gewaltthätigkeit erhoben werden, wenn Jemand dabei betroffen würde, wie er eben Waffen in sein Haus schafft, nicht aber, wenn er dasselbe in hochverrätherischer Absicht gethan hätte, da man sonst zur Annahme eines Versuches vom Versuche gelangen würde. Ich sollte meinen, dass diese Consequenz allein genügen müsste, die Werthlosigkeit der formell selbständigen, materiell versuchten Verbrechen auf dem Gebiete der Vorbereitung zu illustriren; ob ihnen im Uebrigen eine grössere Bedeutung beizulegen ist, mag vorläufig noch dahin gestellt bleiben.[28]

Ich habe aber auch weiter die Untersuchung der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen als eine nutzlose bezeichnet. Denn man hat sich auch hier mit den Zufälligkeiten des einzelnen Falles, anstatt mit den Requisiten des Begriffes beschäftigt. Man hat, wenn ich mich eines Bildes aus dem Civilrecht bedienen darf, die accidentalia negotii systematisch darzustellen sich bemüht, und dabei die essentialia negotii ganz ausser Acht gelassen. Man hat Kasuistik getrieben, während man Grundsätzen nachging. Man wollte zu dem Resultate kommen, dass die Gerechtigkeit der Bestrafung der Vorbereitungshandlungen im Wege stehe und man musste anerkennen, dass sie dieselbe vielfach ganz kategorisch erfordere.

So lässt Zachariae den Thäter zunächst Vorkehrungen treffen, um sich im Voraus die durch das Verbrechen zu erlangenden Vortheile zu sichern, oder um den Verdacht von sich abzuwälzen oder sich der Verfolgung zu entziehen und sodann die günstige Gelegenheit zur Verübung des Verbrechens ausspioniren und etwaige Hindernisse beseitigen.[29] Abgesehen davon, dass mit Recht Zweifel angeregt worden sind, ob man es hier überhaupt mit Akten der Vorbereitung zu thun habe,[30] leuchtet ohne jede weitere

---

[28] cf. weiter unten § 13.

[29] Zachariae: die Lehre vom Versuch Bd. I § 106 Nr. 1 und 2.

[30] v. Bar: die Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen S. 35 und 36.

Ausführung von selbst ein, dass es sich dabei um Singularitäten handelt, deren weder das versuchte noch das vollendete Verbrechen zu seiner Existenz bedarf. Derselbe Einwand liesse sich auch gegen die beiden weiteren Klassen, die Zachariae zur Vorbereitung zählt,[31] erheben; es tritt jedoch bei der einen von ihnen noch ein zweiter hinzu. Die Behauptung nämlich, dass „die Handlungen, durch die der Thäter sich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand versetzt“ dem Gebiete der Vorbereitung angehören, dürfte nicht aufrecht erhalten werden können. Zachariae sieht sich selbst genöthigt, sie in soweit zu widerrufen, als er in einer Anmerkung erklärt, dass die Ortsveränderung sehr wohl schon geeignet sei, eine Gesetzesübertretung zu bewirken, und er zweifelt selbstredend keinen Augenblick, dass der landesverrätherische Uebergang zum Feinde die Ausführung eines recht schweren Verbrechens enthalte.[32] Vielmehr werden wir, wenn wir uns auf den Standpunkt des positiven Rechts stellen, sagen müssen: Soweit darin die Ortsveränderung straflos gelassen ist, kommt sie überhaupt nicht in Betracht, so weit sie aber criminalrechtliche Bedeutung hat, involvirt sie nicht die Vorbereitung, sondern die Ausführung eines Delikts.

Otto hat geglaubt, diese Lehre dadurch zu verbessern, dass er die Ortsveränderung geradezu zu einem Institut des

---

[31] a. a. O. S. 201 und 202 werden als zur Vorbereitung gehörig weiter aufgezählt:

a) Handlungen, welche in der Anschaffung und Zubereitung der zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge bestehen z. B. Kauf oder Leihen eines Mordwerkzeuges etc.

b) Handlungen, welche vorgenommen werden, um sich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand zu versetzen z. B. wenn sich der zum Diebstahl oder Mord Entschlossene mit den Werkzeugen der Verübung an den zur Begehung des Verbrechens gewählten Ort begiebt.

[32] a. a. O. S. 202 Note 1.

Criminalrechts erhebt, und er hat ihr darum ein besonderes Capitel gewidmet.[33] Die Zustimmung, deren sich seine hierin niedergelegten Ansichten zu erfreuen gehabt haben,[34] rechtfertigt es wohl, wenn wir bei der qu. Kategorie der Vorbereitungshandlungen noch einen Augenblick verweilen, zumal ihre Wichtigkeit für die Versuchslehre vielfach hervorgehoben worden ist.[35] Otto lässt sich nun hierüber wie folgt aus[36]:

„*Alle Wirkung, welche der Mensch mit den Organen seines Körpers in der Aussenwelt hervorbringen will, ist als Wirkung in die Ferne vom Raum abhängig. Die Ausführung eines Verbrechens, bei welcher der Mensch mit seinem Körper thätig sein will, ist geradezu unmöglich, wenn nicht vorher die im Raum liegende Behinderung überwunden wird. Cajus kann, so lange er sich in Paris aufhält, in Petersburg Niemanden ermorden. Hieraus folgt ohne Weiteres, dass die Ortsveränderung — vorausgesetzt, dass sie nicht als besonderes Merkmal zum Begriff des Verbrechens gehört, wie bei der Desertion, bei der Aussetzung hilfloser Wesen und dergleichen — nirgends etwas anderes, als eine Handlung behufs der Herstellung der Möglichkeit der Ausführung eines Verbrechens, also Vorbereitung sein kann.*“

So richtig diese Bemerkungen auch sind, so überflüssig sind sie zugleich. Bedarf es doch wohl kaum einer Begründung, dass Niemand auf dem Markte stehlen kann, wenn er sich an einem anderen Orte aufhält, und dass kein

---

[33] Otto: Vom Versuch der Verbrechen. Cap. VII S. 32—35.

[34] Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht Bd. I S. 78 Note 127.

[35] Mittermaier: die rechtliche Bedeutung des Ausdruckes Anfang der Ausführung im Gerichtssaal pro 1859 S. 217 Nr. 9. Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 301. Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens S. 85. Luden a. a. O. S. 270 etc.

[36] a. a. O. S. 32 und 33.

Mittel über den Raum hinaus zu wirken im Stande ist, den es zu durchlaufen vermag. Dass man mit dem Zündnadelgewehr auf weitere Distanzen wirken kann, als mit Pfeil und Bogen, und mit diesen Mitteln wieder auf weitere, als mit der blossen Hand, sind Wahrheiten, von denen es mir nicht scheinen will, dass wir mit ihnen verborgene Schätze zu heben vermöchten. Wird es aber einmal beliebt, sich in dergleichen Betrachtungen zu ergehen, so vermag ich nicht den Grund abzusehen, weshalb man sich mit ihnen gerade im Criminalrecht aufhält. Mit gleichem, wenn nicht mit grösserem Rechte könnte in der militärischen Instruktionsstunde gelehrt werden, dass die Tragweite der Schusswaffen verschieden ist, und ebenso gut könnte man in den Pandekten auseinandersetzen, dass eine Wegegerechtigkeit unausgeübt bleibt, so lange man das dienende Grundstück von der Ferne aus betrachtet.

Freilich verkenne ich nicht, dass die Ansicht derer, welche das Aufsuchen des Thatortes in verbrecherischer Absicht für einen strafbaren Versuch erachteten,[37] die Veranlassung zu Betrachtungen der in Rede stehenden Art gewesen ist. Allein einen Gegner kann man nicht dadurch widerlegen, dass man ihm haarscharf beweist, was zu bestreiten ihm vernünftiger Weise nicht in den Sinn gekommen ist. Deshalb halte ich auch von diesem Gesichtspunkt aus die ganze Lehre von der Ortsveränderung für einen Ballast, von dem wir die Versuchslehre, je eher desto besser, wieder frei zu machen haben.

Aber selbst wenn die eingeschlagene Methode zum Ziele geführt und die Zergliederung des Versuchs in zwei Abschnitte ermöglicht hätte, so wären damit nur die Vorarbeiten beendet gewesen; denn nunmehr konnte erst mit der Untersuchung, auf die es von Hause aus abgesehen war, begonnen und zu dem Nachweis der rechtlichen Verschieden-

---

[37] cf. dessen Polemik gegen Weiss, sowie gegen Held und Siebdrat a. a. O. S. 33 und 34.

heit der beiden Stadien übergegangen werden. Die Gründe aber, deren man sich zu diesem Zweck bediente, waren z. Th. hinfällig, z. Th. derartig, dass sie bei genauerer Prüfung hätten darauf hinführen müssen, dass man damit den Begriff angreife, den man als unbedenklich richtig vorausgesetzt hatte. Zu Unrecht beschwert sich Zachariae dabei darüber, dass „man der Sache von Anfang an eine verkehrte Richtung gegeben habe, wenn man den Nachweis verlangte, dass blosse Vorbereitungshandlungen nicht straflos seien."[38] Denn wer, wie er, die Strafbarkeit des Versuchs zugiebt und die Vorbereitungshandlungen zum Versuch zählt,[39] darf sich über eine falsche Vertheilung der Beweislast nicht beklagen, wenn ihm zugemuthet wird, den Grund darzuthun, weshalb er die Consequenz seiner eigenen Prämisse nicht zu ertragen vermag.

Als unrichtig muss ich zunächst die vielfach wiederkehrende Argumentation bezeichnen, dass der zweideutige Charakter der Vorbereitungshandlungen ihrer Bestrafung entgegenstehe.[40] Zwar ist es sicher richtig, dass der Ankauf eines Gewehres ebenso gut zu den Zwecken eines rechtwidrigen Angriffes wie zu dem der Jagd und der militairischen Equipirung erfolgen, dass eine Ortsveränderung ebenso gut einen unschuldigen Spaziergang als den Weg zu den schwersten Verbrechen enthalten kann; aber daraus folgt nichts zu Gunsten der objektiven Theorie. Die Schwierigkeit des Beweises, ob eine Handlung in dieser oder jener Absicht vorgenommen worden ist, darf nicht dazu führen, aus Rücksichten der Criminalpolitik das materielle Recht zu verkümmern. Eine erwiesenermassen verbrecherische Absicht kann nicht aus dem Grunde Straflosigkeit für sich

---

[38] Zachariae a. a. O. Bd. I § 110 S. 206.

[39] a. a. O. S. 78—90.

[40] Zachariae a. a. O. S. 210. Rossi a. a. O. Bd. II Cap. 27 S. 121. Mittermaier: Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen im Arch. für Crim.-R. Bd. II S. 608. 609. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 102 S. 173 etc.

beanspruchen, weil die Abstraktion von ihr den Wegfall jeder Schuld begründen würde. Man käme damit zu den gefährlichsten Folgerungen. Mag auch der Ausspruch von Cicero:[41] duobus modis fit injuria, aut vi aut fraude nicht von jeder Uebertreibung frei sein, so lässt sich doch nicht bezweifeln, dass List und Gewalt Mittel sind, durch die die verschiedensten Verbrechen begangen werden können. Wer hierin kein Hinderniss sieht, die Anwendung von Gewalt bald als Versuch der Nothzucht, bald als Versuch des Raubes, bald als Versuch der Entführung u. s. w. zu bestrafen, muss zugestehen, dass der Umstand, dass eine Handlung bald in dieser, bald in jener Absicht begangen werden kann, keine Rechtfertigung für die Ausnahmestellung der Vorbereitung in der Theorie derer enthält, die sie zum Versuche zählen. Wenn die deutsche Litteratur mit grosser Uebereinstimmung die Ansicht der französischen Schriftsteller verwirft, welche die Erwägung, dass ein Einbruch nicht nur zum Zweck des Diebstahls, sondern auch zu dem einer Freiheitsberaubung, eines Mordes etc. geschehen kann, veranlasst hat, hierin überhaupt keinen strafbaren Akt zu sehen,[42] so sollte sie sich auch nicht damit begnügen, der Consequenz aus einer irrigen Prämisse entgegen zu treten, sondern sie müsste vor Allem eine Lehre aufgeben, deren Folgerichtigkeit ihr unerträglich erscheint.

Ebensowenig trifft die Behauptung zu, dass man die Veränderlichkeit menschlicher Entschlüsse ignoriren würde, wollte man die Vorbereitungshandlungen einer gesetzlichen Ahndung unterwerfen.[43] Denn es handelt sich nicht darum, den Thäter für das, was er zu thun gedenkt, zur Verant-

---

[41] Cicero: De officiis I. 13.

[42] Carnot: Comment. du Code Pénal Art. 2 Note 13. Chauveau und Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 594. 595.

[43] Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen im N. Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 167. 168. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 208. Berner a. a. O. § 102 S. 173. Schwarze: Versuch und Vollendung a. a. O. S. 277 (der sich im Uebrigen mehr dem subjektiven Standpunkt zuneigt).

wortung zu ziehen, sondern um die Frage, ob in dem Geschehenen ein Grund zur Strafe liegt. Wer einem Anderen auflauert, um ihn zu tödten, soll nach den Gesetzgebungen, die hieraus den Thatbestand eines Deliktes gebildet haben,[44] nicht wegen versuchten Mordes, sondern wegen Contravention gegen eben diese Vorschrift in Anklagestand versetzt werden. Ueberdies beweist der Satz, dass die Möglichkeit der Sinnesänderung für die Zukunft die Strafe für die Vergangenheit nicht rechtfertige, zu viel. Der freiwillige Rücktritt würde damit aufhören, ein die Strafbarkeit aufhebender Umstand zu sein, vielmehr wäre die Verhinderung der weiteren Thätigkeit das dieselbe constituirende Moment. Nicht das Verbrechen wäre alsdann verpönt, sondern der Mangel an Umsicht und an Gewandtheit, der das deprehendi in scelere nicht zu vermeiden verstand. Zachariae hat auch den Widerspruch, in den er hierdurch gerathen ist, herausgefühlt, aber ihn nicht zu lösen vermocht.[45] Denn er erklärt, dass die Reue im Ausführungsstadium aus dem Grunde anders beurtheilt werden müsse, weil die sinnliche Begierde unaufhaltsam vorwärts treibe und sich überdies die bereits geschehene Gesetzesübertretung nicht rückgängig machen lasse. Wenn aber der Leidenschaft eine solche bewegende Kraft innewohnt, so bleibt es unaufgeklärt, weshalb er nicht mit ihr auch auf dem Gebiete der Vorbereitung rechnet. Alsdann hätte er sich der Ansicht von Zirkler anschliessen müssen, der das Gesetz der Stetigkeit in der Versuchslehre angewendet wissen will und darum Strafbarkeit annimmt, sobald man aus den vorangegangenen Akten auf die Festigkeit des Willens schliessen kann.[46] Freilich ist ihm dabei entgangen, dass das Beharrungsvermögen (die s. g. vis inertiae) nur eine Eigenschaft der Körper ist, und dass es

---

[44] Thüringen: Art. 122. — Würtemberg Art. 238. — Braunschweig § 151.

[45] a. a. O. S. 208 und 209.

[46] Zirkler: Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs pp. im N. Arch. des Crim.-R. pro 1839 S. 277 fg.

unstatthaft erscheint, die Gesetze der Physik auf die Geisteswelt zu übertragen. Lässt sich weiter eine geschehene Rechtsübertretung durch Reue nicht paralysiren, so ist es auffallend, dass Zachariae trotzdem ihr eine strafbefreiende Wirkung aus Rechtsgründen bemisst.[47] Nicht minder widerspricht er sich selbst, wenn er hier in den Vorbereitungshandlungen keine Gesetzesübertretung findet, während er an einer anderen Stelle damit jede auf die Störung der öffentlichen Sicherheit gerichtete Handlung bezeichnet.[48] In der That dürfte auch kaum ein Grund erfindlich sein, weshalb man Geyer opponiren sollte, wenn er in Nachstellungen nach dem Leben, die sich noch nicht bis zum Versuch der Tödtung entwickelt haben, bereits einen Bruch des Friedens der Rechtsgemeinschaft findet.[49]

Noch weit weniger vermag ich anzuerkennen, dass man die nuda cogitatio bestrafen, polizeilichen Vexationen Thür und Thor öffnen und Tendenzprocesse schaffen würde,[50] wollte man sich der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen verschliessen. Schon der Umstand, dass die delicta sui generis keine dieser Gefahren erzeugt haben, steht der Richtigkeit der von der objektiven Theorie aufgestellten Behauptungen entgegen, ganz abgesehen davon, dass eine in verbrecherischer Absicht verübte Handlung das dem weltlichen Richter entzogene Gebiet bereits überschritten hat, und dass das Strafrecht kein Mittel besitzt, unbegründete Denunciationen zu verhüten und der Servilität einen Damm zu setzen.

Ebenso irrig ist das weiter geltend gemachte Argu-

---

[47] a. a. O. Bd. II § 254 S. 239 fg.

[48] a. a. O. Bd. I § 53 S. 58.

[49] Geyer: Erörterungen über den allgem. Thatbestand der Verbrechen S. 75. Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 47—52.

[50] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 210—212 S. 245. Rossi a. a. O. Bd. II S. 120—125. Mittermaier: Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen im N. Arch. des Crim.-R. Bd. II S. 608.

ment: es werde der Verbrecher seine vorbereitenden Massnahmen sorgfältiger verhüllen, wenn er sich der Gefahr einer Bestrafung ausgesetzt sähe.[51] So lange der zu einer That Entschlossene es nicht liebt, sich an ihrer Verübung verhindert zu sehen, wird er die Nacht dem Tageslicht vorziehen, ohne vorher den Strafcodex seines Landes aufzuschlagen. In der That haben sich denn die Gesetzgebungen zu keiner Zeit davon abhalten lassen, gerade bei den schwersten Verbrechen, deren Vereitelung ihnen am meisten am Herzen lag, Strafbestimmungen zu treffen, und sie haben somit das genaue Gegentheil von dem gethan, was man ihnen rieth. Ich glaube auch nicht, dass sie damit auf Irrwege gerathen wären; mir will es wenigstens nicht einleuchten, dass das hochverrätherische Complott auf offenem Markte verhandelt werden würde, hätte nicht der Staat die Unbesonnenheit begangen, es mit Strafe zu belegen, und ebensowenig vermeine ich annehmen zu dürfen, dass der Bandit bei uns zu Land den Dolch, mit dem er Jemanden tödten will, offener zur Schau trägt, als der Sicarius im alten Rom.

Aber auch mit Hülfe der Strafrechtstheorieen kam man zu keinem günstigeren Ergebniss. Mittermaier hält es mit der Gerechtigkeit für unvereinbar, eine Handlung zu bestrafen, in der keine Gesetzesübertretung liege. So richtig dies auch ist, so wenig kann man sich doch mit ihm einverstanden erklären, wenn er dieselbe bald im Anfang eines Verbrechens, bald darin findet, dass die Handlung „an sich gesetzwidrig“ oder „unzweideutig gesetzwidrig sei.“[52] Mit dem einen Ausdruck ist für die Versuchslehre nichts gewonnen, da damit augenscheinlich das begonnene Delikt gemeint ist, dem auch der dolus einen anderen Charakter nicht zu geben vermag, mit dem anderen dagegen wird die Handlung von der Absicht in unzulässiger Weise getrennt.

[51] Rossi a. a. O. Bd. II S. 122. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 210.

[52] Mittermaier a. a. O. im N. Arch. für Crim.-R. Bd. II S. 605 und Bd. I S. 168. 169.

Mittermaier führt nämlich zur Illustration für das, was er unter „an sich gesetzwidrig" versteht, uns folgende Beispiele vor Augen:[53]

„*Wenn der entschlossene Mörder in jenem Augenblick, in welchem er den Dolch in des Feindes Brust bohren will, erwischt wird, wenn der Brandstifter schon die brennbaren Materialien unter das Strohdach steckt, wenn der Nothzüchter das Mädchen bereits mit Gewalt zu Boden wirft und entblösst, so sind in allen diesen Fällen Thatsachen vorhanden, welche an sich unzweideutig rechtswidrig so beschaffen sind, dass der Handelnde schon in der verpönten Handlung des Mordens, Brandstiftens, Nothzüchtigens begriffen erscheint, und von dem Unrecht sich nicht wegleugnen kann. Es ist in diesen Fällen nicht mehr die gefährliche Absicht, welche hervortritt, sondern das in an sich gesetzwidrigen Handlungen schon ausgesprochene Unrecht.*"

Mit Recht ist aber hiergegen geltend gemacht worden, dass auch dann, wenn die Handlung äusserlich einen ganz harmlosen Charakter an sich trägt, darum ihre Straflosigkeit noch nicht geboten sei.[54] Von innerlichen Momenten abgesehen unterscheidet sich der Schuss, der einem jagdbaren Thiere gilt, nicht von dem, der über Leben und Tod eines Menschen entscheiden soll.

Nicht minder vergeblich hat Zachariae aus der Theorie „der bürgerlichen Gerechtigkeit" die Unzulässigknit der Bestrafung der Vorbereitungshandlungen herzuleiten sich bemüht, während Hepp als der Schöpfer derselben sich dadurch nicht bewogen gefühlt hat, seinen entgegengesetzten Standpunkt zu verlassen.[55] Zachariae ist nämlich der Ansicht, dass der Staat nur berechtigt sei, gegen objektiv ge-

---

[53] a. a. O. Bd. I S. 169 Note 4.

[54] Köstlin: System S. 234. Luden a. a. O. S. 283. 284. Pfotenhauer a. a. O. S. 77. 78.

[55] Hepp: Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen im N. Arch. des Crim.-R. 1836 S. 239—251.

fährliche Handlungen zu reagiren und dass er deshalb seine Befugnisse überschreiten würde, wollte er die Vorbereitungshandlungen bestrafen.[56] Allein damit hat er sich in eine ganze Reihe von Widersprüchen verwickelt. In der Controverse über den untauglichen Versuch versteht er nämlich unter „gefährlich" die einer Handlung innewohnende Fähigkeit, in abstracto einen Schaden hervorzurufen,[57] während er an der Stelle, wo er die absolute Strafbarkeit des Versuches erörtert, damit zugleich auch die die öffentliche Sicherheit störenden Akte bezeichnet.[58] Aber weder in dem einen noch in dem anderen Sinne aufgefasst, erweist sich das Wort brauchbar, um der Gesetzgebung die Schranken vorzuzeichnen, innerhalb deren sie sich bei ihren Strafsanktionen zu bewegen hat. Sollte nämlich der Staat nur berechtigt sein, die Gefährdung von Rechtsgütern zum Gegenstand von Strafvorschriften zu machen, so würden wir nicht blos, wie Köstlin[59] meiner Ansicht nach ganz zutreffend bemerkt hat, nahezu in die Zeiten der leges barbarorum zurückversetzt werden, sondern wir würden auch in allen Fällen schutzlos sein, wo von der Möglichkeit eines materiellen Schadens nicht die Rede sein kann. Dass aber Ehre und Sittlichkeit, der Friede des Hauses und des Landes und der einzelnen Klassen der Bevölkerung untereinander ebensowenig ungerügt verletzt werden darf, wie der Angriff gegen Eigenthum und Gesundheit, wird von keiner Seite bestritten, und sicher von Zachariae selbst nicht verkannt. Halten wir dagegen eine Störung der Rechtsordnung für ausreichend, so wird man auch den Vorbereitungshandlungen diesen Charakter in vielen Fällen beizumessen haben, und es liesse sich alsdann gegen Geib kaum etwas erinnern, wenn er die Massnahmen, die unmittelbar zur Verübung eines Verbrechens dienen sollen, als strafwürdig bezeichnet.[60]

---

[56] a. a. O. § 53 S. 88. 89 und § 110 S. 206—209.

[57] a. a. O. § 128 S. 244 und 245.

[58] a. a. O. S. 88.

[59] Köstlin: Neue Revision S. 370.

[60] Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 301.

Nur ist freilich der von ihm daran geknüpfte Zusatz, dass überall, wo die objektive Gefährdung des betreffenden Rechtsgutes noch irgendwie ungewiss ist, Straflosigkeit einzutreten habe, weil die Strafbarkeit auf einer Ausnahme beruhe,[61] in doppelter Beziehung verfehlt. Nicht blos ist es selbstverständlich, dass ein die Strafbarkeit begründendes Moment erwiesen sein muss, wenn es als belastend in Anrechnung gebracht werden soll, sondern man geht wohl auch zu weit, wenn man einen Eingriff in den öffentlichen Frieden principiell nicht als ausreichenden Grund zur Strafe erachtet.

Zachariae ist aber hierbei nicht stehen geblieben; er verlässt vielmehr im Weiteren die Theorie, der er anhängt, in dem Masse, dass er erklärt, auch die blosse Gefährlichkeit gebe dem Staat noch kein Strafrecht, sondern dasselbe sei vielmehr noch dadurch bedingt, dass bereits ein Eingriff in den rechtlichen Zustand begonnen habe; andernfalls verwechsele man das Gebiet der Polizei mit dem der Justiz; jener läge es ob, gegen künftige Störungen zu sichern, dieser begangenes Unrecht zu sühnen.[62] Damit ist er nicht blos in eine petitio principii insofern verfallen, als er von der beweislos gelassenen Voraussetzung ausgeht, dass die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen nicht um ihrer selbst willen ausgesprochen werden dürfe, sondern er würde auch bei seiner materiellen Anschauung das délit manqué als criminalrechtlich irrelevant bezeichnen müssen. Der Eingriff in das Leben eines Anderen hat ebensowenig begonnen, wenn der Schuss sein Ziel fehlt, wie wenn der Mörder ergriffen wird, bevor er die geladene Waffe abzudrücken in der Lage war. Im strikten Widerspruch mit seiner eben erörterten Behauptung spricht er schon nach einigen Seiten die kurz vorher geleugnete Befugniss, gemeingefährliche Handlungen zu bestrafen, dem Gesetzgeber wieder zu, indem er wörtlich erklärt:[63]

---

[61] Geib a. a. O. in der Parenthese.

[62] a. a. O. S. 212. 213.

[63] a. a. O. S. 217.

„*Auch wir glauben, dass der Gesetzgeber in einzelnen Fällen, wegen der besonderen Gefährlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand, Handlungen, die im Allgemeinen nur Vorbereitungshandlungen sind, mit Strafe bedrohen könne.*"

Dieselbe Inconsequenz begeht auch Rossi, der, nachdem er auseinandergesetzt hat, dass die Vorbereitungshandlungen legislatorisch nicht zum Objekt von Strafbestimmungen gemacht werden dürfen,[64] seinen Grundsatz nicht aufrecht zu erhalten vermag, weil: le danger des ces actes peut être quelquefois très-grand et quoique leur caractère soit incertain, ils sont cependant des actes extérieurs, qui offrent quelque prise à l'induction.[65] Würde aber dieser Grund durchschlagen, so würde er weit über die drei Klassen von Ausnahmen hinausreichen, die Rossi aufstellt,[66] da es einleuchtet, dass eine ganze Reihe von Handlungen, die nach der heutigen Gesetzgebung als zur Vorbereitung gehörig straflos gelassen werden, derartig sind, dass man sie in ihrer Gefährlichkeit für ein Rechtsgut und in ihrem s. g. äusserlichen Gepräge denen gleichstellen kann, deren Bestrafung auch von den Anhängern der objektiven Theorie als zulässig, wenn nicht gar als nothwendig anerkannt wird. Ich vermag wenigstens nicht einzusehen, wodurch sich das Complott einen Bundesfürsten zu ermorden, in seiner äusseren Erscheinung von dem unterscheiden sollte, das einer Privatperson gilt, oder dass es in dem einen Falle eine grössere Gefahr für das Leben der bedrohten Persönlichkeit enthielte als in dem anderen.

Dagegen finde ich den Begriff, den man als richtig

---

[64] Rossi a. a. O. S. 122—125.

[65] a. a. O. S. 126.

[66] Rossi zählt als Ausnahmen auf S. 127 fg.

a) Moyens occasionnels de crime, worunter er solche Handlungen versteht, welche erfahrungsmässig leicht zu Verbrechen führen, wie Vagabondiren, Betteln, Prostitution etc.

b) Handlungen von mehr ausgeprägtem Charakter, wie die präparatorischen Massnahmen für das Münzverbrechen.

c) Verschwörungen.

vorausgesetzt hatte, angegriffen, wenn Rossi wiederholt versichert, dass Vorbereitung und Ausführung ihrer Natur nach verschieden sind.[67] Sind sie dies, so folgt von selbst die Unzulässigkeit, die Handlungen der einen wie der anderen Kategorie unter denselben Begriff zu ziehen. Zu demselben Resultate hätte auch Zachariae kommen müssen, indem er nicht blos der Ansicht von Rossi ausdrücklich zustimmt,[68] sondern sich auch noch überdies über den Versuch mit untauglichen Mitteln wie folgt äussert:[69]

„*Dass die Annahme eines strafbaren Versuches mit absolut untauglichen Mitteln schon dem allgemeinen Begriff des Conates widerstreite, kann zwar insofern nicht behauptet werden, als man bei der Frage, ob eine Handlung Versuch sei oder nicht, lediglich die Absicht und Meinung des Handelnden berücksichtigt. Denn ich kann etwas mit tauglichen und untauglichen Mitteln versuchen, und die Handlung wird immerhin, was mich betrifft, ein Versuch genannt werden können, sobald ich in der Meinung stand, ein taugliches Mittel anzuwenden. Wenn man aber nicht blos die Absicht und Meinung des Handelnden berücksichtigt, sondern zugleich die Handlung ihrer äusseren Erscheinung nach auffasst, wie es bei der juristischen Beurtheilung durchaus nothwendig ist, so wird allerdings nur diejenige Handlung ein Versuch genannt werden können, welche ihrer äusseren Beschaffenheit zufolge als eine zur Erreichung eines gewissen Zieles mehr oder weniger geeignete erscheint, und die Absicht des Handelnden ist nur insofern von Bedeutung, als sie nähere Bestimmung darüber giebt, welches Ziel eigentlich gemeint sei, wenn nämlich die Handlung zur Verfolgung verschiedener Zwecke dienlich ist. Entspricht dagegen die äussere Beschaffenheit der Handlung der Absicht gar*

---

[67] a. a. O. 144 und 148. Les préparatifs et le commencement d'exécution sont choses différentes de leur nature.

[68] a. a. O. S. 205.

[69] a. a. O. S. 246. 247.

nicht oder steht sie damit in Widerspruch, so kann sie kein Versuch in der praktischen Bedeutung des Wortes genannt werden."

Damit erkennt er zwei Arten des Versuches an, einen criminalrechtlich unerheblichen und einen solchen „in der praktischen Bedeutung des Wortes." Erfordert aber die juristische Beurtheilung, dass man nicht jede Handlung, in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, unter diesen Begriff zieht, so hätte er sich der gleichen Erwägung, die er hier anstellt, auch bei den Vorbereitungshandlungen nicht verschliessen sollen. War er der Ansicht, dass der Versuch seiner äusseren Beschaffenheit nach geeignet sein muss, zu einem bestimmten Ziele zu führen, so hätte er, da er diesen Charakter nur der Ausführung zugesteht,[70] die Vorbereitungshandlungen als zu dem Begriff nicht gehörig ausscheiden müssen.

Ganz ebenso hat Mittermaier verkannt, dass er mit dem Augenblicke, in welchem er die Ueberzeugung aussprach, dass nicht jede auf ein Delikt gerichtete Handlung Conat sei, weil man damit alle Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen über den Haufen stürzen und eine Gesetzesübertretung ohne bestimmte Merkmale zulassen würde,[71] die Vorbereitungshandlungen dem Begriff entziehen lehre. Gehört, um bei einem von ihm gebrauchten Beispiel zu bleiben, zum Versuche der Kindestödtung der Angriff gegen ein lebendes Wesen,[72] so hat damit der Ankauf von Gift, um zu morden, eo ipso aufgehört den Thatbestand des Versuches des in Rede stehenden Verbrechens zu bilden.

Nicht minder erfolglos waren die Anstrengungen der objektiven Theorie, den Unterschied zwischen Versuch und Mangel im Thatbestand aufzuklären. Mittermaier hat näm-

---

[70] a. a. O. Bd. I § 110 S. 206—209. Derselbe in Goltdammers Arch. Bd. V S. 579. 580.

[71] Mittermaier: Im N. Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 169 fg. Bd. II S. 605 fg.

[72] a. a. O. Bd. I S. 175.

lich wiederholt die Ansicht ausgesprochen, dass das versuchte und das vollendete Verbrechen keinen verschiedenen Thatbestand haben.[73] Hätte er dabei erläuternd bemerkt, dass gewisse Merkmale dem einen und dem anderen gemeinsam wären, so würde er freilich in Folge des Mangels jeder Bestimmtheit einen Fortschritt nicht angebahnt, aber auch keine Unrichtigkeit behauptet haben. Indem er darüber hinausgehend erklärte, dass der Versuch auch nicht ein einziges der für das vollendete Verbrechen erforderlichen Requisite entbehren dürfe,[74] hat er sich dem ebenso naheliegenden wie unwiderleglichen Einwand ausgesetzt, dass er damit dem Conat ein Ende mache.[75] In späteren Aufsätzen hat er auch nur die Nothwendigkeit betont, die Lehre über den Thatbestand der Verbrechen auch beim Versuch zur Anwendung zu bringen, ohne sich weiter darüber auszulassen, innerhalb welcher Grenzen dies erforderlich oder auch nur möglich[76] sei. Seine Bemerkung, dass „Versuch und Vollendung sich nur dadurch von einander unterscheiden, dass die Handlung nicht soweit gediehen ist, als dies das Gesetz zur Vollendung fordert,“[77] kann füglich wohl nur auf den Gegensatz zwischen begonnenem und beendigtem Verbrechen bezogen werden. Jedenfalls hat Mittermaier damit einen früheren Fehler nicht verschlimmert. Dagegen scheint er mir einen Schritt zurück insofern gethan zu haben, als er im Neuen Archiv mit dem Mangel eines Begriffsmerkmals das Delikt hinfällig werden liess, während er im Gerichtssaal hierin nur einen die Strafbarkeit ausschliessenden Grund sieht.[78] Der ersteren Auffassung wird man wohl den Vorzug geben müssen, da die Straflosigkeit nur die Folge davon ist, dass ein Verbrechen überhaupt

---

[73] a. a. O. Bd. I S. 172 fg. Gerichtssaal pro 1859 S. 422.

[74] a. a. O. Bd. I S. 174.

[75] Pfotenhauer a. a. O. S. 66 und 67.

[76] a. a. O. Gerichtssaal pro 1859 S. 423 und im N. Arch. Bd. X S. 554.

[77] a. a. O. Gerichtssaal S. 423.

[78] cf. die im Gerichtssaal citirten Stellen mit denen des N. Arch.

nicht vorliegt, wenn die That der gesetzlichen Charakeristik nicht entspricht. Aber auch so hat sich Mittermaier nicht von Widersprüchen rein zu erhalten vermocht. Denn während er an einer früheren Stelle das Vorhandensein des von einer bestimmten Gesetzesvorschrift geschützten Rechtsgutes für ein Merkmal des Thatbestandes erachtet und deshalb nur unter dieser Voraussetzung die Anwendung der Strafe für gerechtfertigt erklärt,[79] bekennt er sich beim Diebstahl zu ganz anderen Anschauungen. Hier hält er im Gegentheil die Freisprechung für unbegründet, wenn das Objekt, auf das es abgesehen war, nicht angetroffen wird.

„Denn schon überhaupt — so sagt er wörtlich[80] — ist es bedenklich die Sachen, welche Jemand stehlen will, in dem Sinne als Gegenstand des Diebstahls zu betrachten, wie bei der Tödtung der zu tödtende Mensch Gegenstand des Verbrechens ist; in den meisten Fällen richtet der Dieb auch seine Handlung nicht gegen ein bestimmte Sache, sondern will nur überhaupt stehlen, was er vorfindet, z. B. beim Taschendieb. Der Dieb, der nichts findet, mag in seiner Erwartung getäuscht sein; aber deswegen ist doch seine Handlung, wenn sie soweit gekommen ist, dass sie einen Anfang der Ausführung enthält, nicht straflos; man würde sonst zu bedenklichen Folgerungen kommen z. B. wenn Jemand an einem Reisenden Gewaltthätigkeiten verübt, weil er hofft, bei ihm werthvolle Sachen zu finden.“

Abgesehen davon, dass Mittermaier sich nicht genauer darüber auslässt, weshalb die bewegliche Sache beim Diebstahl eine andere Rolle spielen soll, als das menschliche Leben beim Mord, kann auch der Umstand, dass die Absicht des Thäters dort meistens auf ein von seiner Vorstellung nicht erfasstes Objekt, hier dagegen auf eine bestimmte Persönlichkeit gerichtet ist, keinen durchgreifenden Unterschied begründen. Denn es lassen sich sowohl Fälle con-

---

[79] a. a. Gerichtssaal pro 1859 S. 422. 423.
[80] a. a. O. S. 442. 443.

struiren, in welchen es dem Dieb ausschliesslich um Entwendung ganz specieller Sachen zu thun ist, als auch solche, in denen es der Mörder mehr oder minder dem Zufall überlässt, welcher Personenkreis von der Wirkung seiner Massnahmen betroffen werden wird. Ebenso wenig kann man dort einen Anfang der Ausführung annehmen, hier aber leugnen. Verlangt man einen Anfang des Verbrechens, so liegt weder begonnener Mord noch begonnene Wegnahme vor, wenn es an dem Gegenstand gebricht, ohne den ebenso wenig eine Tödtung wie eine Apprehension denkbar erscheint. Begnügt man sich dagegen mit der Objektivirung des Entschlusses so ist der Wille, ein bestimmtes Verbrechen zu verüben, dort wie hier zu Tage getreten. Wenn endlich beim Diebstahl die bedenklichsten Zustände entstehen würden, wollte man von dem Vorhandensein einer beweglichen Sache die Strafbarkeit der That abhängig machen, so mag dies allenfalls berechtigen, von der Regel eine Ausnahme zuzulassen, aber keineswegs würde dieser Umstand im Stande sein, eine Inconsequenz in eine Consequenz zu verwandeln.

Dennoch ist Mittermaier, wie wir später zeigen werden, wenigstens unserer Ansicht nach der Wahrheit viel näher gekommen als Zachariae, der sich über den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung wie folgt auslässt:[81] Zwar setze der Versuch einen Mangel im Thatbestand des vollendeten Verbrechens voraus, darum sei aber noch nicht jeder Mangel im Thatbestand Versuch, vielmehr läge Versuch vor, wenn der Mangel das Fortschreiten oder die Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriff des Verbrechens erforderlichen Wirkung, mangelnder Thatbestand dagegen, wenn er eine andere Eigenschaft des Verbrechens beträfe. Danach hätten wir wieder zwei Arten des Conates, die eine, die sich vom vollendeten Verbrechen quantitativ, die andere, die sich von ihm qualitativ unterschiede, die eine, bei der die Handlung in ihrer Fortsetzung gedacht, mit dem consummirten Delikt zusammen-

[81] a. a. O. Bd. 1 § 16 S. 21—23.

fiele, die andere, bei der der Eintritt beziehungsweise das Ausbleiben des Erfolges das Differenzmerkmal bilden würde. Aber Zachariae hält nicht einmal seinen Grundsatz aufrecht, indem er sich schon auf der folgenden Seite in Betrachtungen ergeht, die nicht blos damit in Widerspruch stehen, sondern uns auch noch das Licht entziehen, das wir ihm sonst hätten verdanken können. Denn nunmehr erklärt er, dass wenn die Absicht, ein bestimmtes Delikt zu begehen zweifelhaft oder wirklich nicht vorhanden sei und dazu noch ein sonstiger Mangel des Thatbestandes hinzukäme, von keinem Verbrechen die Rede sein könne; wäre aber der verbrecherische Entschluss erwiesen, so läge, unter der Voraussetzung, dass er sich in einer Handlung dokumentirt habe, Versuch vor. Dabei begründe es, so fährt er fort,[82] keinen Unterschied, ob

a. *„die zum Thatbestand des Verbrechens erforderliche Wirkung nicht eingetreten ist, weil von Seiten des Verbrechers noch nicht Alles zur Hervorbringung dieser Wirkung Erforderliche geschehen war, oder die vollständige Handlung diese Wirkung aus irgend einem Grunde nicht gehabt hat, die sie doch im conkreten Falle hätte haben können, z. B. der in mörderischer Absicht Verwundete ist nicht gestorben, oder der Verbrecher wurde, während er auflauerte, ergriffen;*
b. *die Wirkung nicht eingetreten ist, weil sie erwiesener Maszen mit dem angewendeten Mittel oder an dem zu verletzenden Gegenstand nicht hervorgebracht werden konnte, oder doch zweifelhaft bleibt, ob es in dem fraglichen Falle überhaupt oder noch möglich war z. B. das Leben des Getödteten z. Z. der mörderischen Handlung ist zweifelhaft;*
c. *es zweifelhaft ist, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eingetreten sei.“*

Zunächst sind die Gegensätze nicht correkt gebildet. indem dem Mangel im Thatbestand im Allgemeinen die zu

[82] a. a. O. S. 24.

einem Verbrechen erforderliche Wirkung gegenüber gestellt wird. Dort ist die Rede von allen nur denkbaren Delikten, hier dagegen nur von denjenigen, welche begriffsmässig zu ihrer Existenz einen Erfolg oder die Erreichung eines bestimmten Zweckes erheischen. Sodann fällt die sub c. aufgestellte Behauptung mit der sub b. zusammen, da Zachariae selbst hervorhebt,[83] dass es juristisch ganz gleichbedeutend ist, ob eine Thatsache nicht erweisbar oder nicht geschehen ist. Endlich werden die Mittel, durch welche ein Verbrechen begangen wird, unter den Deliktsmerkmalen abgehandelt, während der Gesetzgeber meistens hierauf nicht den mindesten Werth legt. Aber auch abgesehen hiervon, treten den in Rede stehenden Ausführungen die schwerwiegendsten Bedenken entgegen. Zachariae begnügt sich nicht damit ein doloses Verbrechen ohne Vorsatz für undenkbar zu erklären, sondern er verlangt dazu noch eine zweite Bedingung, einen Mangel im Thatbestand. Bei erwiesener Absicht wäre somit Mangel im Thatbestand wieder Versuch. Zachariae erkennt dies auch für ganz zutreffend an; zum Thatbestand des Mordes verlangt er ein lebendes Wesen, während er es für den Versuch für gleichgiltig erachtet, ob der Angriff gegen eine Person oder gegen einen Baumstamm stattfindet. Dabei verwechselt er freilich mangelndes Merkmal mit mangelnder Wirkung. Anstatt nämlich in dem Leichnam einen des strafrechtlichen Schutzes nicht mehr bedürftigen Gegenstand zu sehen, lässt er den natürlichen Tod den Eintritt des gewaltsamen Todes verhindern. Dazu kommt, dass er, während er früher die Worte „Verhinderung oder mangelnde Wirkung“ disjunktiv gebraucht hat, er ihnen nunmehr eine conjunktive Bedeutung beilegt. Damit müsste er sich aber nunmehr zur Annahme eines Versuches vom Versuche bequemen. Hat sich derjenige, der ertappt wird, während er in mörderischer Absicht Jemandem nachstellt, sich ebenso eines versuchten Mordes schuldig gemacht, wie der, welcher auf einen Leichnam anstatt auf

[83] a. a. O. S. 25.

einen Menschen schiesst,[84] so würde der Umstand, dass der Tod bereits eingetreten war, als die Ergreifung stattfand, zu der soeben angedeuteten, von Zachariae[85] selbst perhorrescirten Consequenz führen.

Ich kann mich daher dem Urtheil von Köstlin nicht anschliessen, der die besprochene Entwickelung des Unterschiedes zwischen Versuch und Vollendung wenigstens ihrem Resultate nach als ganz zutreffend bezeichnet und nur das daran auszusetzen findet, dass alles Gewicht auf den zeitlichen Verlauf der Handlung gelegt und ausserdem nicht genügend berücksichtigt sei, dass die Differenz nur in der Subjektivität liege.[86] Vielmehr bin ich der Meinung, dass Zachariae in dogmatischer und historischer Beziehung einen viel eingreifenderen Fortschritt in der Versuchslehre angebahnt hätte, würde er nicht gerade bei einer Frage von so einschneidender Bedeutung in seinen Bemühungen, Aufklärung zu schaffen, gescheitert sein. Mehrfache Widersprüche waren dadurch dort wie hier für ihn kaum vermeidlich.

So entwickelt er zwar ganz zutreffend, dass der Inbegriff sämmtlicher Merkmale der bedrohten That vorliegen müsse, um die Anwendung des Gesetzes zu rechtfertigen. Austatt aber diesen Grundsatz auf den Versuch zu übertragen, beschränkt er sich auf die Bemerkung, dass derselbe einen Mangel im Thatbestand enthalte und deshalb so lange als straflos erachtet werden müsse, als er nicht ein anderweitiges vollendetes Delikt ausmache oder durch das positive Recht mit Strafe bedroht sei.[87] Nun ist zwar zuzugeben, dass der Versuch nicht einen Thatbestand haben kann, der mit dem vollendeten Verbrechen zusammenfiele. Daraus folgt aber noch nicht, dass er eines eigenen Thatbestandes entbehre. Indem Zachariae ihm einen solchen nicht beizulegen vermocht hat, muss er es für seine Bestrafung für aus-

---

[84] a. a. O. cf. auch § 48 S. 77 sub Nr. 3.
[85] a. a. O. Bd. I S. 133.
[86] Köstlin: N. Revision S. 378—381.
[87] a. a. O. § 50 S. 82. 83.

reichend erachten, dass eine ihn betreffende Strafvorschrift erlassen und ein dem vollendeten Delikt eigenthümliches Merkmal nicht vorhanden sei. Damit ist er aber wieder in die Identificirung von Versuch und Mangel im Thatbestand verfallen, die er noch soeben als unzulässig abgewiesen hat. Ein gleicher Widerspruch tritt zu Tage, wenn er unter den Begriff des Versuches solche Handlungen zieht, die sich gegen ein Objekt richten, „an welchem das beabsichtigte Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte, weil es entweder nicht existirt, oder weil es demselben an einem wesentlichen Merkmal des Thatbestandes des Verbrechens fehlt, obgleich der Thäter das Vorhandensein der dazu erforderlichen Voraussetzung supponirt“,[88] nichts destoweniger denen, welche hier Strafe angewendet sehen wollen, entgegenruft.[89]

„*Man behauptet also, dass es beim Versuch gar nicht auf das objektive Dasein der objektiven Bedingungen des Verbrechens ankomme! Genug, wenn nur der Thäter ihr Vorhandensein supponirt und die Absicht hatte, das Verbrechen zu begehen!!*“

Dabei entgeht ihm zweierlei, einmal, dass er selbst dergleichen Fälle als Versuch auffasst, und nur über die Zulässigkeit ihrer Bestrafung mit seinen Gegnern rechtet, und sodann, dass die Geringschätzung des objektiven Thatbestandes nur eine Folge des Begriffs ist, dem er selbst zugestimmt hat.

Im Gegensatz hierzu will er wieder nur von einem Mangel im Thatbestand gesprochen wissen, wenn der Thäter ein Merkmal des Begriffs irrthümlich als vorhanden annimmt, wie wenn z. B. Jemand seine eigene Sache stiehlt, oder der Mann mit seiner eigenen Frau, sie für eine fremde haltend, den Beischlaf ausübt, oder sich mit ihr, sie verkennend, zum zweiten Male trauen lässt.[90] Dabei übersieht er nicht

---

[88] a. a. O. § 123 S. 233. 234.
[89] a. a. O. § 131 S. 240.
[90] a. a. O. Bd. II § 163 S. 28.

bloss, dass er an einer früheren Stelle eins der gedachten Beispiele ausdrücklich als einen Fall des Versuchs aufgeführt hat,[91] sondern dass er auch dem faktischen Irrthum eine verschiedene Wirkung zuschreibt, wenn er den Diebstahl an der eigenen Sache als ein „crimen erroneum“, den Angriff auf einen Leichnam anstatt auf einen Menschen als Versuch auffasst. Aber freilich macht gerade der Diebstahl Zachariae besondere Schwierigkeiten, indem er bald strafbaren Versuch annimmt,[92] wenn ein zur Entwendung nicht geeignetes Objekt nicht vorgefunden wird, bald wieder sich zu der entgegengesetzten Auffassung bekennt.[93]

In historischer Beziehung liegt es mir selbstredend fern, das hohe Verdienst von Zachariae zu schmälern, das er sich um die Rechtswissenschaft dadurch erworben, dass er insbesondere die von Cropp vertheidigte Ansicht, wonach das neuere römische Recht — von den delicta privata abgesehen — jede Manifestation des verbrecherischen Willens bestraft haben soll,[94] in Folge einer ebenso eingehenden wie ausgedehnten Untersuchung der Quellen überzeugend widerlegt hat.[95] Schon der von Bynkershoek hervorgehobene Umstand, dass die den Kreis der strafbaren Versuchshandlungen erweiternden Constitutionen der Kaiser und Senatusconsulte überflüssig gewesen wären, wenn ein so allgemeiner Grundsatz im positiven Recht begründet gewesen sein würde,[96] wäre meiner Ansicht nach ausreichend, die Auffassung, der Zachariae entgegengetreten ist, von vornherein als bedenklich erscheinen zu lassen. Dagegen halte ich das positive Resultat, dass derselbe aus den Rechtsquellen geschöpft hat, für noch nicht geeignet, uns Licht darüber zu geben, wie die Alten über eine Materie gedacht haben, welche uns noch

---

[91] a. a. O. Bd. I § 81 S. 140.

[92] a. a. O. Bd. I S. 23 Note 2.

[93] a. a. O. Bd. I S. 251.

[94] Cropp: Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi Lib. I S. 35—37 S. 65 fg.

[95] a. a. O. Bd. I § 75—78 S. 125—135.

[96] Bynkershoek: Observat. III c. 10.

heute in vielen Beziehungen dunkel geblieben ist. Denn wenn er aus dem Corpus juris und aus einer Anzahl römischer Schriftsteller die Regel abstrahirt, dass nur die in den Gesetzen speciell aufgeführten Handlungen oder die durch Analogie betroffenen Fälle strafbar gewesen sind,[97] so sagt er damit nichts anderes, als was in den Digesten selbst ausdrücklich hervorgehoben ist:[98]

Poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.[99]

Es dürfte auch schwer sein, sich aus den Quellen ein richtiges Bild über die römische Auffassung vom verbrecherischen Versuch zu machen, wenn dabei die Stellen zu Rathe gezogen werden, welche von einem Deliktsmerkmal handeln. Wer — um hier nur ein Bespiel anzuführen — die Lex 38 § 2 D. (de poenis) 48. 19:

Testamentum quod nullo jure valet impune supprimitur, nihil est enim, quod ex eo petatur aut consistere posset

zur Illustration der römischen Versuchslehre heranzieht, er mag sie ihrem Wortsinn gemäss auslegen,[100] oder in einer seinem System zusagenden Weise interpretiren,[101] überträgt die Verwechselung von voluntas sceleris und conatus delinquendi aus der Gegenwart in die Vergangenheit. Daraus sind die beiden Folgen entstanden, die nicht ausbleiben konnten: wer der Gefahr entging, in das römische Recht hineinzulegen, was in ihm nicht geschrieben steht, gerieth in die, aus ihm nicht zu entwickeln, was in ihm liegt.

Wir werden hierauf an einer anderen Stelle ausführlicher zurückkommen. Hier haben wir nur noch einen Akt der Pietät auszuüben, wenn wir der objektiven Theorie das

[97] a. a. O. Bd. I S. 125—161 § 75—88.

[98] L. 131 § 1 D. 50. 16 (de verb. signif).

[99] cf. auch L. 7 § 3 D. 48. 4 (ad leg. Jul. maj.). — L. 1 § 13 D. 48. 10 (de leg. Corn. de falsis). — L. 10 D. 48. 8 (ad leg. Corn. de sicariis). — L. 3 D. 48. 9 (de leg. Pompeja de parric.) — L. 1 § 13 D. 48. 16 (ad Sct. Turp.). — L. 3 Cod. 9. 9 (ad leg. Jul. adult.).

[100] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 256.

[101] Luden a. a. O. S. 290 Note 3.

Anerkenntniss zollen, dass sie es war, welche die Entwickelung der Versuchslehre wenigstens angebahnt hat. Mag es auch ihr nicht gelungen sein, Conat und Mangel im Thatbestand ausreichend zu scheiden, ihr Verdienst ist es, hierauf die Aufmerksamkeit gerichtet zu haben. Wäre die Warnung von Mittermaier am Anfang des Jahrhunderts, die Bedeutung der objektiven Merkmale für den Begriff eines Verbrechens auch in unserer Materie nicht zu unterschätzen, mehr beherzigt worden, es wäre vielleicht manche unrichtige Behauptung am Ausgang des Jahrhunderts unterblieben. War doch meiner Ansicht nach die qu. Controverse vorzüglich geeignet, zu einem Wendepunkt zu führen. Denn nachdem Feuerbach den Mangel im gesetzlichen Thatbestand als Milderungsgrund bezeichnet[102] und damit die Anregung zu der Untersuchung gegeben hatte,[103] mit der wir uns zuletzt beschäftigt haben, lag es nahe, dem Grunde nachzuforschen, der Veranlassung zu einem solchen Ausspruch geworden war. Man hätte sich alsdann gesagt, dass, wenn jede Handlung, in der Absicht ein Verbrechen zu verüben Versuch sei, unter den Begriff ebenso gut der Diebstahl der eigenen Sache wie der vermeintliche Ehebruch falle, vorausgesetzt, dass nur der Thäter das fehlende Deliktsmerkmal als vorhanden erachtet und man hätte daraus geschlossen, dass die von Feuerbach gezogene Consequenz in einer falschen Voraussetzung ihren Ursprung nimmt. Alsdann hätte der Kampf gegen die italienische Doktrin schon damals beginnen müssen, und man wäre vielleicht dabei zu denselben Ergebnissen gelangt, deren Entwickelung unsere Aufgabe im folgenden Kapitel sein wird.

Als ein weiteres Verdienst der objektiven Theorie haben wir die Thatsache zu registriren, dass wir ihr die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen verdanken. Mögen auch die Gründe, die sie dafür erbracht hat, nicht über-

---

[102] Feuerbach: Lehrbuch § 97. — Bekanntlich stehen auch ältere Ges.-Gebungen auf diesem Standpunkt cf. z. B. Oesterreich § 47.

[103] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 22.

zeugend sein, so hat sie wenigstens Zuständen ein Ende gemacht, für welche uns heut zu Tage das Verständniss abgeht. Ist es doch am Anfang des Jahrhunderts vorgekommen, dass der conatus remotissimus eines Giftmordes mit 5jähriger Zuchthausstrafe geahndet worden ist[104] — ein Fall, der unter den damaligen Criminalisten ein ähnliches Aufsehen erregt zu haben scheint,[105] wie der von Julius Clarus uns mitgetheilte unter der italienischen Bevölkerung, welche mit Entsetzen die Kunde von dem über einen jungen Nobile gefällten Todesurtheil vernahm, der der versuchten Entführung für schuldig befunden worden war.[106] Nichtsdestoweniger erklärten die Anhänger der subjektiven Theorie, dass die bisherigen Verhältnisse zu Klagen keine Veranlassung geboten hätten.[107] Man rühmte sogar der damaligen Praxis nach, dass sie von ihrem Recht, den conatus remotissimus zu verfolgen, einen mässigen Gebrauch gemacht habe,[108] ohne zu erwägen, dass gerade damit die Verurtheilung des Principes, dem man ein Lob nachsagen wollte, ausgesprochen werde. Ist das Gebiet des Strafbaren so weit gezogen, dass das Rechtsbewusstsein des Richters die ihm gegebenen Machtbefugnisse nicht zu ertragen vermag, so kann ich darin nur einen Beweis sehen, wie sehr man die unangemessene Ausdehnung des Versuchsbegriffes empfand. Man glaubte diesem Gefühl genugsam Rechnung zu tragen, wenn man sich für eine mildere Bestrafung des conatus remotus aussprach, und wir stossen deshalb in der Litteratur vielfach auf die Behauptung, dass die principielle Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen zwar im französischen Recht gerechtfertigt sei, weil darin der Versuch

---

[104] Hitzigs Zeitschrift Bd. V S. 348—360.

[105] cf. die Bemerkungen hierüber von Hepp im Arch. des Crim.-R. pro 1836 S. 247. von Wächter in der krit. Zeitschrift der Rechtswissenschaft Bd. III S. 51 und von Abegg in Schunks Jahrbüchern der gesammten deutschen Litteratur Bd. VII S. 315.

[106] cf. die von Pfotenhauer uns mitgetheilte Stelle S. 169 Note 234.

[107] Hepp a. a. O. S. 244.

[108] Breidenbach: Commentar Bd. 1. (2. Abth.) S. 133. 134. 144.

und die Vollendung gleich streng beurtheilt werden, nicht aber in den deutschen Codifikationen, die bei ihrem abweichenden, der germanischen Anschauung entsprechenden Standpunkt keine Veranlassung hätten, den Anfangspunkt des strafbaren Versuches in gleicher Weise in das Stadium der Ausführung hinaus zu rücken.[109] Ein Grundsatz aber, der die Lehre enthält, dass es weniger auf die absolute als auf die relative Strafbarkeit ankomme, scheint mir im höchsten Masze bedenklich zu sein. Im Gegentheil widerstrebt es meiner Ansicht nach der Gerechtigkeit weit mehr, Strafe anzuordnen, wo sie ungerechtfertigt erscheint, als ein härteres Strafmasz da anzuwenden, wo mit einem geringeren durchzukommen wäre. Oft wirkt die Thatsache der Verurtheilung weit eingreifender als die Exorbitanz der Strafe. War ich doch selbst Zeuge, wie ein junger Mensch, der zu einer verhältnissmässig geringen Gefängnissstrafe verurtheilt worden war, sich vor der Thür des Audienzsaales erschoss, weil er es nicht über sich gewinnen konnte, entehrt zu leben, der Beispiele, in welchen ein Disciplinarerkenntniss Veranlassung zum Selbstmord geworden ist, nicht zu gedenken. Deshalb muss es nach meiner Auffassung der objektiven Theorie zum weiteren Lobe angerechnet werden, dass sie Ehre und Freiheit für zu wichtige Güter erachtet hat, als dass sie sich hätte bescheiden können, zu ihrem Schutze das Wort nur da zu ergreifen, wo drakonische Strafen auf dem Spiele standen.

---

§ 8.

Die Theorie von Osenbrüggen.

Die von Osenbrüggen aufgestellte Versuchslehre kann nur uneigentlich als eine neue Theorie bezeichnet werden,

[109] Köstlin: System S. 236. Breidenbach: Commentar Bd. I S. 139. Pfotenhauer a. a. O. S. 33 Note 56 und S. 53. Hepp a. a. O. N. Arch. des Crim.-R. pro 1836 S. 246.

da sie, streng genommen, nur mit „objektivirter Absicht“ bezeichnet, was anderweitig Ausführung genannt wird, und die Vorbereitung wesentlich in demselben Sinne auffasst, wie dies insbesondere Mittermaier und Zachariae gethan haben. Osenbrüggen lässt sich nämlich über das Wesen des Versuches wie folgt aus:[1]

> „*Versuch des Verbrechens ist das Thätigsein zur Hervorbringung des Verbrechens, auf welches die Absicht gerichtet ist, oder genauer, da das Verbrechen einen Complex von subjektiven und objektiven Momenten enthält, zur Hervorbringung der beabsichtigten Rechtsverletzung, durch welche der Begriff des Verbrechens erfüllt wird. Wenn wir also von der Absicht ausgehen, und die Beziehung zu ihrem rechtlichen Objekt festhalten, so ergiebt sich für den Versuch des Verbrechens ein positives und ein negatives Moment: die Absicht ist objektivirt, aber nicht verwirklicht.*“

Danach müsste er den Versuch als die auf die Verübung eines Verbrechens gerichtete, dessen Vollendung aber nicht bewirkende Handlung definiren und damit wieder das cogitare, agere et non perficere zu seinen alten Ehren bringen. Er stimmt somit in der Auffassung des Begriffes mit allen seinen Vorgängern überein, während er sich der objektiven Theorie dadurch anschliesst, dass er aus der zwischen der Conception des Entschlusses und der Consummation liegenden verbrecherischen Strecke einen Theil zu dem Zweck ausscheidet, um ihn der Strafjustiz zu entziehen, und demgemäss nur noch dem übrigbleibenden Theil criminalrechtliche Relevanz zuschreibt. Aber auch bei der Abgrenzung des einen Abschnittes von dem anderen bringt er keine Gesichtspunkte zur Sprache, die uns nicht bereits anderweitig entgegengetreten wären. Er lässt sich nämlich hierüber wie folgt aus:[2]

> „*Wer ein Verbrechen hervorbringen will, muss sich nach einem zweckmässigen Mittel umsehen und sich zum*

[1] Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. I § 7 S. 34.
[2] a. a. O. S. 35.

Handeln in Stand setzen (Vorbereitung); in das Stadium des Versuches tritt er erst durch das die Absicht objektivirende Handeln oder die Anwendung des Mittels zur Verwirklichung der Absicht. Der Versuch des Verbrechens befindet sich also zwischen den beiden in Relation stehenden, durch die Absicht und die Rechtsverletzung fixirten Punkten."

Abgesehen von der implicite darin enthaltenen, durchaus irrigen Behauptung, dass der Mensch nicht im Stande sei, lediglich mit Hilfe der ihm von der Natur gegebenen Organe ein Delikt zu verüben, ist der Unterschied zwischen Zubereitung und Anwendung der Mittel oft genug betont worden, um danach den strafbaren Versuch vom straflosen abzusondern. Wir würden daher hierüber hinweggehen können, würde nicht Osenbrüggen mehrfach zu abweichenden Resultaten kommen. Es hängt dies aber nicht sowohl mit dem Begriffe zusammen, von dem er ausgeht, oder mit einer neuen, ihm eigenthümlichen Auffassung über das Unterscheidungsmerkmal zwischen Vorbereitung und Ausführung, als vielmehr mit dem Umstande, dass er in Gemässheit der Köstlin'schen Lehre in jedem Verbrechen die Verletzung eines Rechts im subjektiven Sinne sieht.[3] Daraus folgert er, dass Handlung und Rechtsverletzung im Verhältniss von Mittel zum Zweck steht;[4] werde das Ziel erreicht, so läge ein consummirtes, werde es nicht erreicht, ein versuchtes Verbrechen vor.[5] Aber dadurch wird die Sache meines Erachtens nicht gefördert. Bei den Verbrechen nämlich, die durch eine Handlung schlechthin zur Consummation gebracht werden, muss Versuch und Anfang zusammenfallen; die Anwendung des Mittels hat begonnen, ohne dass es zu einer Rechtsverletzung gekommen wäre. Bei denjenigen dagegen, bei denen der Thatbestand erfüllt wird,

---

[3] a. a. O. S. 18. 19.
[4] a. a. O. S. 35. 36.
[5] a. a. O. S. 46.

ohne Rücksicht darauf, ob die Schädigung eines subjektiven Rechts eingetreten ist oder nicht, müssten wir das Versuchsgebiet bis zum Eintritt einer Rechtsverletzung ausdehnen und somit oftmals ein Verbrechen noch als unvollendet bezeichnen, während bereits alle seine gesetzlichen Begriffsmerkmale vorliegen. Osenbrüggen hat somit einen Fehler der objektiven Theorie nicht vermieden, einen von ihr vermiedenen Fehler aber begangen. Zur besseren Veranschaulichung wollen wir der Lehre, die er bei den einzelnen Verbrechen vorträgt, ein wenig folgen.

Beim Meineide sieht er die Verletzung von Treu und Glauben als das Recht an, das dadurch eine Kränkung erleide. Demnach bezeichnet er den Akt der Eidesleistung und die falsche Aussage als Mittel zur Realisirung der rechtswidrigen Absicht und zieht daraus den Schluss, dass das Verbrechen versucht sei, sobald die Eidesleistung beziehungsweise die Aussage begonnen habe, je nachdem der Schwurakt der Vernehmung nachfolgt oder ihr vorangeht.[6] Die Verwechslung von Anfang und Versuch wären damit auch in seiner Theorie nachgewiesen. Zugleich zeigt sich aber auch gerade beim Meineid, wie unzulässig die Lehre ist, welche ein Verbrechen ohne Verletzung eines subjektiven Rechts für undenkbar erklärt, da Treu und Glaube, wenn man sich überhaupt hierbei dieses Ausdruckes bedienen darf, ebenso durch eine beschworene wie unbeschworene Aussage erschüttert werden kann. Ist nämlich der Richter an positive Beweisregeln nicht gebunden, so steht nichts im Wege, dass er einem beeidigten Zeugniss die Glaubwürdigkeit versagt, einem unbeeidigten sie beimisst. Erweisen sich doch häufig genug gerade die eidesunmündigen Personen als das zuverlässigste Beweismaterial; man denke nur an die Fälle, in welcher es sich um eine Anklage aus § 176 Nr. 3 Straf-G.-B. handelt. Ja es ist sogar der Angeschuldigte gegenüber einer beschworenen Aussage insofern in einer geschützteren Lage als gegenüber einer unbeschworenen, als

---

[6] a. a. O. S. 107—109.

er in jenem Fall von dem Rechtsmittel der Restitution einen unbedingten, in diesem nur einen bedingten Gebrauch machen kann.[7] Wollen daher Köstlin und seine Anhänger consequent sein, so müssten sie entweder die Verletzung von Treu und Glauben vor Gericht als Meineid auch dann bestrafen, wenn gar kein Eid geleistet worden ist, oder anerkennen, dass die Pflicht zur Wahrheit, von der sie sprechen, es verträgt, dass falsche Aussagen deponirt werden, so lange sie nur nicht mit dem Schwure bekräftigt werden, mag deshalb auch einmal ein Unschuldiger zum Tode verurtheilt werden.

Es will mir aber auch noch überdies scheinen, als ob Osenbrüggen sich nicht einmal selbst treu bleibt. Beim Ehebruch nämlich bezeichnet er als das Angriffsobjekt die Ehe „als das objektive Verhältniss, welches seinen Platz sowohl in der Sphäre des Rechts wie der Sittlichkeit hat“[8] und als das Mittel, durch welches dieses Delikt begangen wird „die fleischliche Vermischung des einen Ehegatten mit einer Person des anderen Geschlechtes ausser dem eigenen Ehegatten.“[9] Wenn er demnach die Grundsätze, die er beim Meineid aufgestellt hat, hier zur Anwendung gebracht hätte, so hätte er das begonnene Adulterium für dessen Versuch und alle davor belegenen Akte unter die Vorbereitung zählen müssen. Statt dessen erklärt er aber, dass das in Rede stehende Delikt mit der Vereinigung der Geschlechtstheile vollendet sei und dass deshalb der Versuch in gewissen Präliminarien des Coitus bestehe, „durch welche die rechtswidrige Absicht objektivirt werde, und die also über die Vorbereitung, deren Gebiet hier sehr gross sein könne, hinausgingen.“[10]

Besondere Gründe für diese abweichende Behandlung des Ehebruches sind nicht erbracht. Das Resultat dagegen lässt sich nicht mit dem Princip vereinigen, von dem Osen-

[7] § 399 Nr. 2 und 5 der Straf-Proz.-O.

[8] a. a. O. S. 18.

[9] a. a. O. S. 122.

[10] a. a. O. S. 123.

brüggen ausgeht. Soll die Handlung das Mittel sein, durch welche ein Verbrechen hervorgebracht wird, und erst mit der Anwendung des Mittels die Absicht objektivirt, bis dahin aber manifestirt sein,[11] so ist nicht abzusehen, wie ein der Beischlafsvollziehung vorangehender Akt den Thatbestand des versuchten Ehebruchs sollte erfüllen können.

Bei der Entführung hinwiederum kehrt Osenbrüggen zu seiner Regel zurück. Hier sieht er die weibliche Ehre als das Recht an, dessen Verletzung in Frage kommt, und die Entführung beziehungsweise die sonstige Bemächtigung der Frauensperson als das Mittel zur Verübung des in Rede stehenden Verbrechens.[12] Daraus folgert er:[13]

„*Der Versuch dieses Verbrechens erstreckt sich vom Anfang des Handelns, also des Entführens und unter Umständen des Zurückhaltens bis zu dem Punkte, in welchem die Entführte in die Macht des Entführers gekommen ist und dieser dadurch den Zustand herbeigeführt hat, den er für geeignet hielt, um die Entführte zur Gestattung des ausserehelichen Beischlafs oder zur Eingehung der Ehe zu bewegen.*“

Anfang und Versuch sind somit auch hier wieder Synonyma. Bei der Bigamie hingegen verlässt Osenbrüggen von Neuem sein Princip. Denn wenn dieselbe in der Verletzung des Institutes der Monogamie bestehen und die Doppelehe das Mittel sein soll, diese Verletzung herbeizuführen,[14] so hätte er auch hier mit dem Anfang der kirchlichen Trauung resp. mit dem Beginn des civilrechtlichen Aktes, durch dessen Abschluss eine Ehe eingegangen wird, den Versuch als vorliegend erachten müssen. Statt dessen erklärt er aber:[15]

„*Das Handeln, welches als Mittel zur Hervorbringung*

---

[11] a. a. O. S. 35. 38. 39. 48. 106. 125 etc.
[12] a. a. O. S. 137—144.
[13] a. a. O. S. 144 Note 4.
[14] a. a. O. S. 123. 124.
[15] a. a. O. S. 125. 126.

der Rechtsverletzung bei diesem Verbrechen dient, ist die Eingehung der zweiten Ehe. Indem und insoweit die Gesetze hierfür die Beobachtung gewisser äusserer Formen und Vornahmen gebieten, bewegt sich das Handeln auf der dadurch vorgezeichneten Bahn. Gehört zum Eingehen der Ehe nach staatlichen und kirchlichen Gesetzen ein kirchliches Aufgebot, so dass ohne dieses keine Ehe eingegangen werden kann, so beginnt mit dem Missbrauch dieser kirchlichen Handlung der Versuch des Verbrechens. Da wo eine Civilehe zulässig ist, bekommt das Handeln eine andere Gestalt und nimmt einen anderen Verlauf." Er sieht mithin nunmehr in dem Aufgebot ein Mittel eine Ehe einzugehen, während dasselbe vielmehr nur dem Zwecke dient, Ehehindernisse durch eine Art von Ediktalcitation zu erforschen.[16]

Der Rückschritt aber, den ich als der Osenbrüggen'schen Theorie eigenthümlich bezeichnet habe, tritt namentlich in ihrer Auffassung über das Wesen der gemeingefährlichen Verbrechen zu Tage. Sie kann denselben keinen geeigneten Platz im Strafrecht einräumen, da die Möglichkeit eines Schadens nach ihrer Ansicht nicht ausreicht, eine Handlung zu einem Verbrechen zu erklären.[17] Sie sieht sich deshalb genöthigt, auch ihnen, um sie nicht zu Polizeicontraventionen degradiren zu lassen, ein subjektives Recht als Angriffsobjekt zu geben. Osenbrüggen fasst daher die Brandstiftung, von der er herausfühlt, dass er sie doch nicht mit dem feuergefährlichen Tabackrauchen auf gleiche Stufe stellen kann, als qualificirte Vermögensbeschädigung auf, und er lehrt demgemäss, dass die Consummation eintrete, „sobald die rechtswidrige Absicht, Andere im Vermögen durch die Handlung des Brennens zu schädigen, verwirklicht sei."[18] Damit wird aber das Versuchsgebiet über Ge-

---

[16] Förster: Theorie und Praxis Bd. III § 205 S. 510 (3. Aufl.). — § 48—50 des Reichs-Ges. vom 6. Februar 1875.

[17] a. a. O. S. 49. 51. 52.

[18] a. a. O. S. 48—57. S. 58.

bühr ausgedehnt. Derjenige, welcher ein Haus in Brand steckt, um dessen Eigenthümer einen Schaden zuzufügen, würde wegen vollendeter Brandstiftung nicht belangt werden können, wenn sich hieraus der beabsichtigte Nachtheil nicht ergeben hat, mag auch immer das Gebäude bis auf die Umfassungsmauern niedergebrannt sein. Gesetzt, es würde die Polizeibehörde den Abbruch eines Hauses wegen dessen Baufälligkeit angeordnet haben, so würde der Umstand, dass die Kosten des Abbruches seinen Materialwerth überstiegen haben würden, ausreichen, um die Consummation des Verbrechens auszuschliessen. Würde gar der Eigenthümer in die Brandstiftung consentiren, so wäre nicht einmal ein versuchtes Verbrechen denkbar, man müsste denn ein Schiff, eine Hütte, eine Waldung, ein Torflager etc. zu den unveräusserlichen Gütern zählen wollen. Das Versuchsgebiet ist aber dadurch nicht blos nach seinem Endpunkt, sondern auch nach seinem Anfangspunkt zu weit abgesteckt. Denn wenn die Brandstiftung nur als Mittel in Betracht kommen soll, das Vermögen eines Dritten zu beschädigen, so würde sich gegen die von Osenbrüggen daraus gezogene Consequenz nichts erinnern lassen, wonach der Versuch erst mit dem Erregen des Feuers beginnen soll.[19] Man wird wohl aber kein Bedenken tragen, auch schon denjenigen zu bestrafen, der einen Raum, von dem er weiss, dass er nach Verlauf einer bestimmten Zeit mit einem brennenden Licht betreten werden wird, mit leicht entzündbaren Gasen anfüllt, um auf diese Weise eine Feuersbrunst hervorzurufen.

Ueber den Unterschied zwischen Mangel im Thatbestand und Versuch lässt sich Osenbrüggen nicht näher aus; allein aus einzelnen von ihm gemachten Andeutungen ersehen wir, dass es auch ihm nicht gelungen ist, eine sichere Grenze zu ziehen. So fasst er beispielsweise die L. 43 § 5 D. 47, 2 (de furtis):

„*Quodsi dominus id dereliquerit, furtum non fit ejus etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum*

---

[19] a. a. O. S. 62.

fit, nisi sit cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium, statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus"
als eine die Controverse über den s. g. untauglichen Versuch interessirende Stelle auf,[20] während doch in ihr nur davon die Rede ist, dass ein mangelndes Deliktsmerkmal durch den Glauben des Thäters nicht ersetzt werden kann. Schon der von ihm selbst hervorgehobene Umstand, dass in den Quellen der Ausdruck conatus delinquendi nicht vorkommt,[21] würde darauf hinweisen, dass es wohl nicht angänglich ist, aus dem römischen Recht Entscheidungen für Specialfragen in der Lehre des Versuches, die uns heut zu Tage interessiren, abzuleiten, wenn anerkannt wird, dass der Begriff selbst ihm fremd gewesen sei. Freilich ist dieser Fehler häufig genug in der Litteratur begangen worden.[22]

So sieht er weiter im Allgemeinen im Mangel des Objektes einen Mangel im Thatbestand, beim Diebstahl aber ein Charakteristikon des Versuches. Allein weder die Gründe für seine Regel noch die für seine Ausnahme erscheinen mir ausreichend, die daran von ihm geknüpften Schlüsse zu rechtfertigen. In ersterer Beziehung sagt er nämlich wörtlich:[23]

„*Im Wort und Begriff „Absicht" liegt immer die Beziehung auf ein Ziel. Bei dem Verbrechen der Tödtung ist das Ziel die Vernichtung eines Menschenlebens, also der Gegenstand des Handelns in concreto ein lebender Mensch. Welchen Vorsatz derjenige auch fasse und welche Handlung er auch unternehme, der einen Menschen tödten will, welcher nicht getödtet werden kann, weil er schon*

---

[20] a. a. O. S. 44.

[21] a. a. O. S. 34 Note 50.

[22] Zachariae a. a. O. Bd. I § 134 u. 135 S. 253—259. Bd. II § 191—194 S. 99—109. Richtig dagegen Bd. II § 269 S. 271. Luden a. a. O. Bd. I S. 279—292. Rubo: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln im Gerichtssaal pro 1865 S. 2 u. 3. Krug a. a. O. S. 9 u. 23 etc.

[23] a. a. O. S. 44. 45.

todt ist, so fehlt das nothwendige Correlat zu der Absicht. Wer nach Utopien reist, der schweift in der Irre, welchen Weg er auch einschlagen mag, denn es führen alle Wege nach Rom, aber keiner nach Utopien. Das Handeln befindet sich in jenem Falle nicht als Mittel auf der Bahn, auf welcher sich der Versuch des Verbrechens zu bewegen hat, denn es fehlt einer der beiden Punkte, bei deren Vorhandensein ein Mittel allein denkbar ist. Darnach liegt hier ebensowenig ein Verbrechensversuch vor als in den Fällen, wo ein als Mittel zur Realisirung der Absicht untaugliches Handeln gewählt ist."

Daraus würde nur hervorgehen, dass derjenige, der sich ein in der Wirklichkeit nicht existirendes Ziel setzt, sich eines Versuchs oder wenigstens eines strafbaren Versuches nicht schuldig machen soll. Osenbrüggen müsste daher sich der Ansicht von Cropp anschliessen, welcher unterscheidet, ob die Sempronia in rerum natura vorhanden ist oder nicht.[24] Allein die Hindeutung auf die Analogie mit dem Versuch mit untauglichen Mitteln beweist, dass Osenbrüggen viel weiter gehen und den gleichen Grundsatz auch dann angewendet wissen will, wenn das Objekt zwar existirt, aber ausserhalb der Sphäre liegt, auf welche der Thäter einen Einfluss ausübt. Rechtlich dürfte es wohl auch auf dasselbe hinauskommen, ob auf einen Leichnam oder eine Statue geschossen wird: lässt man die Meinung des Handelnden entscheiden, so muss es in beiden Fällen genügen, wenn er das Vorhandensein eines lebenden Menschen voraussetzt, hält man sich an die objektiven Merkmale des Verbrechers, so fehlt es in beiden Fällen an dem vom Gesetz geschützten Gute. Aber insoweit lässt es Osenbrüggen

---

[24] Cropp a. a. O. S. 38. 39. Aber es erscheint ihm hinterdrein doch bedenklich den zu bestrafen, der sich im Bette seiner Frau befindet, während er in den Armen der Sempronia zu ruhen wähnt.

an jeder Motivirung fehlen, die von ihm uns gebotene Metapher kann sie nicht ersetzen.[25]

Die für den Diebstahl statuirte Ausnahme begründet er dagegen wie folgt:[26]

„*Das rechtliche Objekt des Verbrechens der Tödtung ist das fremde Menschenleben, der Gegenstand der Aeusserung des verbrecherischen Handelns ein lebender Mensch. Hielt derjenige, welcher zu einem Verbrechen schreiten wollte, einen Leichnam für den lebenden Menschen B, so fehlt es an dem Gegenstand, an welchem sich sein verbrecherisches Handeln äussern konnte, und somit auch an dem rechtlichen Objekt des Verbrechens, dem Menschenleben. Das rechtliche Objekt des Verbrechens des Diebstahls ist das fremde Vermögen, der Gegenstand der Aeusserung des verbrecherischen Handelns ein bestimmtes Vermögensobjekt; traf derjenige, welcher sich den Diebstahl vorgenommen hatte, das erwartete Vermögensobjekt des B nicht an, so kann das Contrektiren an diesem Objekt nicht ausgeübt werden, aber damit ist nicht gesagt, dass nicht das Vermögen des B existirt.*“

Mit gleichem Grunde hätte er aber auch so argumentiren können: das rechtliche Objekt des Mordes ist das menschliche Leben. Konnte der A den B nicht tödten, weil er in der Dunkelheit einen Baumstamm für eine Person hielt, so ist damit noch nicht gesagt, dass das rechtliche Objekt seines Angriffs nicht existirt. Eine versuchte Tödtung sei darum nicht zu bezweifeln. Damit käme er aber gerade zu dem Resultat, das er als irrig verwirft. Aber auch ganz abgesehen hiervon, ist es ebenso unzulässig, als das rechtliche Objekt des Diebstahls das fremde Vermögen zu bezeichnen, wie Jemanden wegen einer Handlung zur Verantwortung zu ziehen, an deren Begehung er auch nicht

---

[25] Walther: Der Streit über der Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlung in Pözl's krit. Vierteljahrsschrift Bd. V (1863) S. 54.

[26] a. a. O. S. 82.

einmal entfernt gedacht hat.[27] Denn unter Vermögen haben wir eine universitas juris zu verstehen:[28]

„*Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.*“[29]

Als ein nur in der Idee existirender Begriff ist er der Verletzung nicht fähig. Wollte man aber auch annehmen, dass Osenbrüggen den Ausdruck nicht im technischen Sinne gebraucht habe, so sind wir doch selbstredend nicht in der Lage, Jemanden, der auf den Diebstahl eines ihm wichtig scheinenden Dokumentes,[30] von lettres au porteur oder von uneigentlichen Inhaberpapieren ausgegangen ist, aus dem Grunde zu verurtheilen, weil in demselben Zimmer eine goldene Uhr gelegen hat, oder die Strafe dessen, der in eine leere Bodenkammer einbricht, damit zu rechtfertigen, dass der Miether des Raumes an einem dritten Orte der Entwendung fähige Gegenstände aufbewahrt.

Ich kann mich daher nur der Zahl derer anschliessen, welche sich bisher gegen die Theorie von Osenbrüggen sei es im Allgemeinen, sei es bei Gelegenheit der Erörterung von Specialfragen gewendet haben, ohne dass ich darum durchweg den vorgebrachten Gründen beizutreten vermöchte.[31]

---

§ 9.
Die Theorie von Geyer.

Wenn ich Geyer als einen Vorkämpfer der objektiven Theorie bezeichne, so verkenne ich dabei nicht, dass er

[27] Mit Recht hat sich bereits van Swinderen a. a. O. S. 44 gegen dergleichen Anschauungen gewendet.

[28] L. 208 D. 50. 16. de verb. signif.

[29] cf. auch L. 39 § 1 ibid. L. 49 ibid. L. 3 pr. D. 37. 1 (de Bon. poss.).

[30] Ueber die Möglichkeit eines Diebstahls von Urkunden, die keinen Vermögenswerth repräsentiren, cf. Oppenhoff Commentar Note 4 zu § 242.

[31] v. Buri: Abhandlungen S. 69. van Swinderen a. a. O. S. 38. 39. Walther a. a. O. S. 54. 55.

mehrfach einen von ihr abweichenden Standpunkt einnimmt,[1] allein er theilt mit ihr die charakteristische Bestrebung, die Thatseite des Versuches nicht durch das Willensmoment verkümmern zu lassen.[2] Indem er es aber als ganz unzweifelhaft ansieht, dass die Versuchslehre auf das Innigste mit der letzten Grundlage des Strafrechts zusammenhänge, glaubt er das Fundament nicht sicherer legen zu können, als dadurch, dass er die Frage untersucht, welche Voraussetzungen zur nuda cogitatio hinzutreten müssten, um die Bestrafung einer Handlung zu rechtfertigen. Nachdem er in Folge dessen das Wesen der Strafe erörtert und die Grenzen abgesteckt hat, innerhalb deren er den Staat zur Bestrafung von Uebelthaten für befugt erachtet, argumentirt er wie folgt: Durch zwei Momente werde das dolose Verbrechen bestimmt, durch die Absicht, die sich auf die Herbeiführung eines Uebels, d. h. auf die Verletzung eines strafrechtlich geschützten Gutes richtet, und durch deren Verwirklichung. Aber auch denjenigen, der nur einen Theil der Strecke zwischen Entschluss und verbrecherischem Ziel zurückgelegt, sei der Staat zu bestrafen wohl berechtigt. Denn auch schon hierin müsse eine Uebelthat gesehen werden, da zum dolus ein aliquoter Theil der Gesammtthätigkeit hinzugetreten, und mithin der eine wie andere Faktor eines jeden vorsätzlichen Verbrechens vorhanden sei. Daher seien auch die Vorbereitungshandlungen principiell strafbar. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen empfehle es sich, die Strafbarkeit weiter hinauszurücken, und sie nicht früher eintreten zu lassen, bevor sich nicht der Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens erkennbar darstellt.

Dieser criminalpolitischen Rücksicht Rechnung tragend, definirt Geyer den strafbaren Versuch als:

---

[1] Geyer: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 34 fg., wo S. 40. 41 die Eigenthümlichkeiten der qu. Theorie hervorgehoben sind.

[2] Bereits vorher in den „Erörterungen" war der obj. Standpunkt von ihm vertreten. 3. Kapitel S. 47—49.

„eine theilweise Verwirklichung der Absicht, welche den Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens erkennbar darstellt.“ [3]

Schon die Voraussetzung, von der er ausgeht, ist meines Erachtens unhaltbar. Mögen wir auch immer durch die Strafrechtstheorieen Aufschluss über die Machtbefugnisse des Staates in criminalrechtlicher Beziehung erhalten, Aufschluss über das Wesen des Versuches erlangen wir dadurch nimmermehr. Selbst wenn wir mit mathematischer Genauigkeit erforschen würden, welche Handlungen, vom vollendeten Delikt abgesehen, principiell strafbar seien, so blieben wir doch noch nach wie vor darüber im Dunkeln, ob sie unter den Begriff des Versuches fallen. Geyer hat dies selbst herausgefühlt, indem er erklärt: [4]

„Der Staat soll nach unserer Ansicht Handlungen wie z. B. den Kauf eines Gewehres zum Zweck des Mordes noch nicht als Mordversuch, das blosse (dolose) Verfertigen von Nachschlüsseln noch nicht als Diebstahlsversuch strafen — es fragt sich ja überall nur um das, was der Staat bestrafen kann und soll.“

Damit ist anerkannt, dass es durchaus unzulässig ist, das der Criminaljustiz überwiesene Gebiet ohne Weiteres zum Versuchsgebiet zu erklären, oder mit anderen Worten, aus der Untersuchung über die staatlichen Strafbefugnisse Folgerungen über die Natur der Versuchshandlungen abzuleiten. Hätte Geyer sich dies von vornherein gesagt, so würde er den Widerspruch vermieden haben, dass er, während er hier implicite zugesteht, dass zwischen der Thätigkeit, die erst der Verübung eines Verbrechens dienen soll, und der, die man heut zu Tage als Ausführung behandelt, eine Charakterverschiedenheit obwaltet, dennoch im Uebrigen die eine für so homogen der anderen erachtet, dass er glaubt, nur aus Zweckmässigkeitsgründen von ihrer gleichen Behandlung abstrahiren zu dürfen.

---

[3] a. a. O. (Gerichtssaal) S. 41—52.

[4] a. a. O. S. 50.

Man würde jedoch Unrecht thun, wollte man annehmen, dass Geyer sich den Begriff des Versuches überhaupt nicht vergegenwärtigt habe, vielmehr bin ich der Ansicht, dass er in der den Gegenstand unserer Erörterung bildenden Abhandlung von der stillschweigenden Voraussetzung ausgeht, dass jede auf die Verübung eines Deliktes gerichtete Handlung Versuch sei, und nur mit Hilfe criminalphilosophischer Principien das strafbare Gebiet vom straflosen zu scheiden trachtet. Hierfür spricht zunächst der Umstand, dass er in seinen Erörterungen das Streben nach einem bestimmten Erfolge als Versuch auffasst, so dass danach das cogitare, agere, et non perficere die drei Requisite sind, durch die er constituirt wird.[5] Sodann erklärt er in der qu. Abhandlung ausdrücklich, dass zwar das Beibringen einer unschädlichen Substanz, die man irrthümlicher Weise für Gift halte, Versuch, wenn auch nicht strafbarer Versuch sei, „da man unter Versuch im Allgemeinen nichts weiter verstehe, als eine auf die Hervorbringung eines gewissen Erfolges gerichtete Thätigkeit.“[6] Deshalb kann er auch dem Schicksal derer, denen ihr Gefühl sagt, dass dieser Begriff zu weit gefasst sei, nicht entgehen, und daraus erklärt sich sein Bestreben, die Strafbarkeit nicht so weit reichen zu lassen, als dies die Definition erfordert. Zu diesem Zweck will er also zunächst mit Hilfe der Criminalpolitik ein Stück des Versuchsgebietes der Criminaljustiz entziehen, um sodann mit Hilfe der Strafrechtstheorieen auf dem noch übrig bleibenden Theil nochmals eine Verengung des strafbaren Unrechts zu bewirken. Ich bin aber der Meinung, dass das eine Mittel sich ebenso wie das andere als untauglich erwiesen hat.

Zwar vermag ich v. Buri nicht beizutreten, wenn er behauptet, Geyer sei dadurch, dass er für den Anfangspunkt des strafbaren Versuches die Darstellung des beabsichtigten Verbrechens in unvollkommener Weise verlangt,

---

[5] a. a. O. S. 48 cf. auch S. 51.
[6] a. a. O. (Gerichtssaal) S. 59.

der subjektiven Theorie verfallen.[7] Im Gegentheil wüsste ich wenigstens nicht, wie man der Thatseite des Versuchs mehr Bedeutung beilegen könnte, als dadurch, dass man verlangt, dass sich in ihr der dolus gewissermassen wiederspiegeln soll. Deshalb muss ich umgekehrt Geyer zustimmen, wenn er es eigenthümlich findet[8] dass gerade v. Buri erklärt, einer Ansicht am nächsten zu stehen, von der vielmehr behauptet werden muss, dass sie der seinigen am meisten widerspricht.

Dagegen glaube ich mit grösserem Recht gegen Geyer den Einwand erheben zu dürfen, dass er dadurch mit seinem ganzen System in Widerspruch getreten ist. Giebt man nämlich zu, dass in einem gewissen Stadium die auf ein Delikt gerichtete Thätigkeit die Merkmale desselben nicht in erkennbarer Weise zur Erscheinung bringt, so ist dieselbe von derjenigen, in der das Gegentheil stattfinden soll, qualitativ verschieden.[9] Alsdann kann nicht der einen die theilweise Verwirklichung der Absicht ebenso eigenthümlich sein, als der anderen, vielmehr wird damit dem strafbaren Versuch eine Charakteristik gegeben, die dem straflosen abgeht. Uns will es überdies nicht einleuchten, wie sich im Versuch der Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens in unvollkommener Weise darstellen soll. Wir werden hierauf bei Gelegenheit der Hälschner'schen Theorie zurückzukommen geeignete Veranlassung haben. Hier beschränken wir uns deshalb auf die Bemerkung, dass man es wohl der Handlung desjenigen, der die Klappe eines mit Steinkohlen gefüllten Ofens schliesst, damit sich Kohlenoxydgas entwickele und dadurch der Tod einer Person verursacht werde,

---

[7] v. Buri im Gerichtssaal pro 1867 S. 71.

[8] a. a. O. S. 51. (v. Buri erklärt nämlich in seinen Abhandlungen S. 69, dass er Hälschner am nächsten stehe, u. S. 55 verlangt er denn auch zum Begriff des Versuchs den dolus ex re.)

[9] Hälschner System B. I S. 196 und 206 geht grade darauf aus, einen Qualitativ-Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung ausfindig zu machen.

nicht ansehen kann, dass ein Mord beabsichtigt sei, zumal wenn der Thäter diese Manipulation zu einer Zeit vornimmt, in der sich ausser ihm Niemand im Zimmer befindet. Ebensowenig wird man auf ein Verbrechen überhaupt schliessen können, wollte Jemand auf die Art, wie unter Leo X. ein Kind ums Leben gekommen ist, ein menschliches Wesen tödten. Ich möchte glauben, er könnte getrost die Gelegenheit eines Festes benutzen, um ein mit Goldschlägerhäutchen am ganzen Körper bedecktes Kind einen Engel darstellen zu lassen, ohne befürchten zu müssen, dass irgend ein unter der zahlreichen Versammlung anwesender Jurist dahinter seine verbrecherische Absicht vermuthet. Vielleicht erscheint sogar den zuschauenden Medizinern die Sache so harmlos, dass sie sich erst nach eingetretenem Unglücksfall der wissenschaftlichen Erfahrung erinnern, dass die Verhinderung der Hautthätigkeit in einem bestimmten Umfange den Tod zur Folge hat.

Ebensowenig ist meiner Ansicht nach das Kriterium der theilweisen Realisirung der Absicht geeignet, das dem Versuch eigenthümliche Merkmal zu bezeichnen. Wäre nämlich das Gebiet zwischen dem verbrecherischen Entschluss und dessen Verwirklichung mit einer zwischen zwei Punkten liegenden Wegestrecke vergleichbar, so könnte man zwar Geyer darin beitreten, dass bei der Gleichheit des dolus und bei der Gleichheit der einzelnen Akte der Thätigkeit, deren Summe das vollendete Verbrechen ausmacht, kein Grund abzusehen wäre, weshalb nicht der Staat berechtigt sein sollte, die Theile des Ganzen zu bestrafen.[10] Aber für den Begriff des strafbaren Versuches wäre damit wenig gewonnen. Denn wenn sich danach Versuch und Vollendung nur quantitativ unterscheiden könnten, so würde das, was Geyer Versuch nennt, in Wahrheit der Anfang eines Verbrechens sein. Wir wollen uns durch ein Beispiel verständlicher machen. Der § 14 des Reichsgesetzes vom 30. November 1874 bestraft denjenigen, welcher Waaren, von

[10] a. a. O. S. 48. 49.

denen er weiss, dass sie widerrechtlich mit der Firma eines inländischen Producenten signirt sind, in Verkehr bringt. Nehmen wir an, es habe ein inländischer Producent ein Consignationsgeschäft mit einem Handlungshause in Japan abgeschlossen und dorthin Tuche unter Missbrauch der Firma eines anderen Industriellen ausgesendet. Mit jedem zurückgelegten Kilometer hätte eine Annäherung zum Ziele stattgefunden, es wären, um mich des von Geyer gebrauchten Bildes zu bedienen,[11] eine Anzahl von Sprossen der Leiter damit erstiegen. Dennoch würde ich, wenn das Schiff unterwegs untergeht, in dem Geschehenen nicht ein versuchtes, sondern ein begonnenes Verbrechen sehen, indem mir der Fall nicht anders zu liegen scheint, als wenn beim Meineide eine Anzahl der Worte, aus denen die Eidesnorm besteht, gesprochen worden wäre. Bei den Verbrechen also, welche durch eine Handlung schlechthin zur Consummation gebracht werden, führt die Ansicht von Geyer, wonach die Strafe des Versuches ein aliquoter Theil der Strafe des vollendeten Delikts sein soll,[12] zur Identificirung von Anfang und Versuch.

Auf die Verbrechen dagegen, welche zur Vollendung einen Erfolg erfordern, erscheint mir die Geyer'sche Lehre überhaupt nicht anwendbar. Die hierauf gehende Absicht lässt eine theilweise Realisirung nicht zu. In einer Verwundung liegt weder ein aliquoter Theil des Mordes noch hat sich der seinem Ziele genähert, der sich nach einem délit manqué selbst überzeugt, dass er von ihm ebenso entfernt geblieben ist, als wenn er in voller Unthätigkeit verharrt wäre. Ich vermag auch nicht anzuerkennen, dass der, welcher sich anstatt auf dem Throne im Zuchthaus wiederfindet, mit einer Unternehmung, die, weit entfernt ihn zur höchsten Macht zu führen, zu seinem Verderben umschlug, seine Absicht wenigstens theilweise verwirklicht habe.

---

11 a. a. O. S. 75.

12 a. a. O. (Erörterungen) S. 49.

Indem diejenigen, welche sich mit der Lehre von Geyer nicht einverstanden erklärten, zwischen den materialen und formalen Verbrechen keinen Unterschied statuirten, sind sie bei deren Widerlegung zum Theil genöthigt gewesen, unbestreitbare Wahrheiten zu bestreiten, zum Theil sind sie in die erheblichsten Widersprüche verfallen, zum Theil haben sie zu Suppositionen ihre Zuflucht genommen.

So will v. Buri nur zugeben, dass der einen Theil seines Weges zurücklege, der sich an der Erreichung seines Zieles nicht verhindert sehe.[13] Ich sollte aber doch meinen, dass derjenige, der auf der Tour zwischen Halle und Berlin den Anschluss in Bitterfeld nicht erreicht, einige Meilen vorwärts gekommen ist.

Hertz hinwiederum wendet gegen Geyer ein, dass der Versuch weder ein Bruchtheil der Vollendung sei noch zu ihr in einem Quantitätsverhältniss stehe.[14] Wie er damit aber seine Behauptung, dass der Versuch bei allen Commissivdelikten — auch die Verbalinjurie wird von ihm nicht verschont — möglich sei,[15] vereinigen will, ist mir unverständlich geblieben. Bei den formalen Verbrechen hat man meiner Ansicht nach nur die Wahl entweder unter Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege criminali" eine vom Gesetz nicht vorhergesehene Handlung zu bestrafen oder den Anfang mit Versuch zu identificiren und damit diesen als einen Theil der Vollendung aufzufassen.

Lammasch endlich erklärt,[16] dass

„*zwanzig Schritte zu gehen, keine Absicht, sondern ein Vorsatz sei, dass die Absicht des Gehenden vielmehr die sei, am Ziele anzukommen,*"

als ob nicht die via sacra im alten Rom und die Strassen unserer Residenzen viel von zweck- und planlos umherschlendernden Flaneurs zu erzählen wüssten, oder als ob der Meineidige ausser seinem Vorsatz, eine Unwahrheit mit

---

[13] v. Buri im Gerichtssaal pro 1867 S. 75. 76.

[14] Hertz a. a. O. S. 69—71.

[15] a. a. O. S. 10—12.

[16] Lammasch a. a. O. S. 15.

dem Eide zu bekräftigen, noch nebenher die Absicht hätte, das „Amen" auszusprechen. Es setzt eben nicht jede Handlung ein bestimmtes Ziel als selbstverständlich voraus. Zugleich ist es Lammasch entgangen, dass wenn er die Absicht auf den Erfolg bezogen wissen will,[17] er entweder vor ihr bei einer Handlung, die lediglich in einer Körperbewegung besteht, nicht hätte sprechen dürfen, oder dass er das, was er mit Vorsatz bezeichnet, mit dem, was hier Geyer Absicht nennt, für gleichbedeutend hätte erklären müssen.

Aus den von uns bekämpften Prämissen zieht Geyer zunächst die Folgerung, dass taugliche Versuchshandlungen d. h. solche, welche eine theilweise Verwirklichung der Absicht enthielten, strafbar, untaugliche dagegen, d. h. solche, bei denen dies nicht der Fall, straflos seien.[18] Allein dabei ist er meines Erachtens in zwei Widersprüche gerathen, in den einen dadurch, dass er unter einer tauglichen Versuchshandlung eine solche versteht, die in abstracto den Erfolg herbeizuführen vermag, in den anderen dadurch, dass er nicht sowohl die Straflosigkeit der untauglichen Versuchshandlungen, als vielmehr den Irrthum nachweist, der sie unter den Begriff subsumiren lehrte. Dagegen liesse sich von seinem Standpunkt aus nichts erinnern, wenn er die Strafbarkeit einer tauglichen Versuchshandlung durch eine ihr nachfolgende untaugliche nicht für aufgehoben erklärt[19] und die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts als unhaltbar verwirft.[20] Denn wenn der strafbare Versuch ein aliquoter Theil des vollendeten Verbrechens wäre, so könnte die realisirte Uebelthat nicht dadurch beseitigt werden, dass zu ihr kein neues strafbares Moment hinzugefügt oder das weitere Vorgehen nach dem Ziele hin unterlassen wird. Freilich entsteht dadurch die Unzuträglichkeit, dass derjenige, welcher Gift kauft, um es zur Tödtung zu verwenden, aus criminalpolitischen Gründen

[17] a. a. O. S. 14. 16.
[18] a. a. O. S. 53—70.
[19] a. a. O. S. 53—55.
[20] a. a. O. S. 55. 56. cf. auch Erörterungen S. 87. 88.

straflos wäre, während der, welcher es anwendet, nachdem eine Neutralisation stattgefunden hat, hierauf von Rechts wegen Anspruch hätte, so dass der Fortschritt auf der verbrecherischen Bahn als ein die Strafbarkeit mindernder Umstand aufgefasst werden müsste. Eben so wenig wird man sich wohl mit der Anschauung befreunden können, dass derjenige, der um Mitternacht einen Hohlspiegel aufstellt, um ein Schiff in Brand zu setzen, vor Tagesanbruch ihn aber entfernt und somit, wenn man nur den Erfolg berücksichtigt, den der Gesetzgeber vermieden wissen will, die darauf hinwirkenden Bedingungen durch entgegengesetzte paralysirt, unrettbar dem strafenden Arm der Gerechtigkeit verfallen sein sollte. Endlich dürfte man vielleicht auch Bedenken tragen, denjenigen, der Gift in einen Trank mischt, den er einem Kranken reichen will, den er aber dem aufwartenden Diener erst in dem Moment übergiebt, in welchem bereits der natürliche Tod eingetreten war, wegen Mordversuches zu bestrafen.[21] Indess sind dies nur Inconvenienzen. Die Inconsequenz aber, von der ich gesprochen habe, finde ich in der Stelle liegen, in welcher Geyer den Unterschied zwischen den tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen vom Standpunkt des vollendeten Verbrechens aus erörtert. Hier lehrt er nämlich:[22]

„Nur jene Thätigkeiten des Verbrechers, welche wirklich Mittel zu der Erreichung des Erfolges waren, bilden den (äusseren oder objektiven) Thatbestand des geschehenen Verbrechens — mit anderen Worten: nur jene Handlungen, welche in Gedanken vom Erfolge losgelöst, taugliche Versuchshandlungen wären, finden wir in dem Thatbestand des Verbrechens vor; die übrigen fallen ausserhalb dieses Thatbestandes, sind also nicht verbrecherisch und folglich nicht strafbar, entweder, weil sie s. g. Vorbereitungshandlungen sind, welche das positive Recht nicht straft oder weil sie in die Kategorie der „untauglichen Versuchshandlungen" gehören."

[21] cf. a. a. O. S. 54.

[22] a. a. O. S. 58.

Man kann hiergegen freilich nicht mit v. Buri einwenden,[23] dass es ebenso unzulässig sei, die Tauglichkeit einer Handlung, einen Erfolg herbeizuführen vom Standpunkt der vollendeten wie von dem der begonnenen verbrecherischen Thätigkeit zu bemessen, da damit jede Möglichkeit entfiele, sich ein Urtheil über den gefährlichen Charakter einer That zu bilden. Im Gegentheil muss ich es als einen uns in der Versuchslehre mehrfach entgegentretenden schweren Irrthum beklagen, wenn wir in ihr belehrt werden, dass derjenige, der von der mörderischen Kugel nicht getroffen wird, dieselbe mag auch noch so dicht an seinem Haupte vorbeifliegen, nicht einen Moment in Gefahr geschwebt habe.[24] Dann reisze man unseren tapferen Kriegern, die siegreich aus dem französischen Feldzuge heimgekehrt sind, das eiserne Kreuz von ihrer Brust; Muth in vermeintlicher Gefahr beweisen, ist in meinen Augen nicht mehr und nicht minder als Don-Quichoterie. Aus gleichem Grunde lege man in Zukunft die Rettungsmedaille auf die Särge der Todten, anstatt die Lebenden mit ihr zu schmücken. Möglichkeit und Wirklichkeit eines Schadens sind dabei so sehr verwechselt, dass man sich in unserer Materie allen Ernstes bemüht hat, auseinanderzusetzen, dass unser Leben gleich sehr oder gleich wenig bedroht sei, wenn uns eine mit Glaubersalz oder mit Phosphor gemengte Speise vorgesetzt werde, und dass dieselbe Strafe angemessen sei für denjenigen, der sich zum Morde der Blausäure bedient, wie für den, der mit geschabter Kreide handthiert.[25] Anstatt zu erwägen, dass der Begriff der Gefahr ein abstrakter ist, und dass nur die Erfahrung uns darüber Aufschluss giebt, ob die Möglichkeit eines Schadens in einem gegebenen Fall zu befürchten ist, hat man es vorgezogen, den Satz zu lehren:

---

[23] v. Buri a. a. O. S. 69 u. 71.

[24] v. Buri in Goltdammers Archiv pro 1877 S. 272 und a. a. O. Köstlin: Neue Revision S. 371. Lammasch: a. a. O. S. 10.

[25] Lammasch: a. a. O. S. 62 fg. v. Buri: Gerichtssaal pro 1875 S. 154. 155 und a. a. O.

Stirbt Jemand, so war er in Todesgefahr, bleibt er am Leben, so war er in keiner Todesgefahr. Ist aber der Ausgang ungewiss, so enthalte man sich in der Zwischenzeit als vorsichtiger Mann eines jeden Urtheils.

Dass Geyer eine solche Anschauung als der „gemeinsten Erfahrung“ zuwider bezeichnet[26], kann ich nur recht und billig finden.

Der Einwand, auf den ich meine Behauptung stütze, besteht vielmehr darin, dass wenn wir unterscheiden sollen zwischen den Handlungen, die den Erfolg hätten bewirken können und denen, die diese Fähigkeit nicht besitzen, das Gewicht nicht mehr darauf gelegt wird, ob der Thäter in concreto einen Theil der Strecke zwischen Absicht und Ziel zurückgelegt hat, sondern darauf, ob seine Handlung die Tauglichkeit besass dasselbe, abstrakt gedacht, zu erreichen. Alsdann würde aber sowohl den Vorbereitungshandlungen als den s. g. untauglichen Versuchshandlungen diese Qualifikation abgehen, und die eine wie die andere Kategorie würde als ausserhalb des Thatbestandes des beabsichtigten Verbrechens fallend, nicht als Versuch aufzufassen sein. Damit schwände zugleich die Möglichkeit ihre Strafbarkeit als eine Theilstrafe der auf das vollendete Verbrechen gesetzten Pönalsanktion zu rechtfertigen, während freilich nichts im Wege stände, sie von einem anderen Gesichtspunkt aus zu vertheidigen. Der Staat würde jedenfalls nicht von der nuda cogitatio Rechenschaft verlangen, würde er denjenigen, der einem Anderen in mörderischer Absicht auflauert oder den, der den Dolch in einen Leichnam stösst, indem er in dem Körper noch Leben vermuthet, zur Verantwortung ziehen: nur wird man freilich den Thatbestand eines versuchten Mordes hierin nicht sehen dürfen. Denn der Beweis scheint mir Geyer auf das Ueberzeugendste gelungen zu sein, dass der, welcher den s. g. untauglichen Versuch als Versuch bestrafen lehrt, über den Glauben des Thäters zu Gericht sitzt.[27] Eben

---

[26] a. a. O. S. 78.

[27] a. a. O. S. 60. 61. Dabei sehe ich von der extremsten Rich-

deshalb hört an dieser Stelle mein Streit gegen Geyer auf, im Gegentheil werde ich noch recht sehr seiner Bundesgenossenschaft bedürfen, um das System der subjektiv-objektiven Theorie, das ich durch ihn auf das Heftigste erschüttert finde, mit Erfolg angreifen zu können.

Wir haben uns daher nur noch mit dem zweiten Schluss, den Geyer aus seiner Prämisse zieht und der dahin geht, dass der Versuch mit den s. g. unzulänglichen Mitteln in das Bereich der untauglichen Versuchshandlungen falle,[28] zu beschäftigen. Dabei lehrt er zwei Fälle unterscheiden: habe der Thäter ein Mittel angewendet, das sich in concreto unwirksam zeige, so habe er seine Absicht ebensowenig verwirklicht wie der, der sich eines absolut untauglichen Mittels bediene; habe er aber durch eine Wiederholung derselben Thätigkeit den Erfolg successive hervorbringen wollen, so enthalte jeder Akt eine Annäherung zum Ziel.[29] Er erläutert seine Ansicht durch zwei Beispiele, wonach in dem einen A den B durch eine einzige Dosis Gift, in dem anderen durch allmähliche Zuführung von einzelnen Quantitäten einer schädlichen Substanz tödten will. Dort soll sich nach ihm die Willensintention nicht mehr realisirt haben, als wenn Jemand anstatt Arsenik ein Medikament als Mittel zur Tödtung anwende, hier dagegen eine Strecke des Weges zwischen Entschluss und Ziel zurückgelegt sein. Gerade gegen diese Seite des Geyer'schen Systems sind die erheblichsten Angriffe gemacht worden, und meines Erachtens nicht mit Unrecht.

Denn wenn es auch richtig ist, dass der Unterschied zwischen einem untauglichen und unzulänglichen Mittel in dem zwischen Quale und Quantum besteht, und dass eine zu kleine Quantität Gift zur Tödtung ebensowenig geeignet ist, wie Zucker und Mehl,[30] so mag man daraus Veranlassung

---

tung der subjektiven Theorie, welche selbst die Anwendung von Sympathiemitteln nicht von Strafe verschont lassen will, ab.

[28] a. a. O. S. 70 fg.

[29] a. a. O. S. 74—77. cf. auch Erörterungen S. 65—68.

[30] a. a. O. Erörterungen S. 65.

nehmen, eine Lehre, die dies verkennt, zu bekämpfen, man kann aber nicht die Rechtfertigung daraus schöpfen, die absolute Strafbarkeit einer Handlung anstatt von ihrem Charakter, von einem ausserhalb derselben liegenden Moment, vom Eintritt oder Ausbleiben des conkreten Erfolges, abhängig zu machen. Ueberdies ist selbst der Quantitätsunterschied keineswegs so unbedeutend, als Geyer annimmt. Ich möchte daran erinnern, dass die Aggregatszustände des Wassers lediglich durch die Verschiedenheit seiner Temperatur bedingt sind, dass Leben und Tod von einem bestimmten Grad der Wärme des in unserem Körper cirkulirenden Blutes abhängt, dass die Verstärkung des Atmosphärendruckes eines Dampfkessels ausreicht, eine Explosion zu erzeugen, und dass sogar das ganz gleiche Quantum der Kraft nach der Verschiedenheit der Objekte geeignet ist, die verschiedensten Wirkungen hervorzurufen. Bei ganz gleicher Intensivität kann ein Schlag auf den Kopf bald nur eine Beule bewirken, bald zur Todesursache werden, bald nur eine leichte Störung der Gesundheit, bald eine Gehirnerschütterung zur Folgehaben. Deshalb scheint mir Walther im Recht zu sein, wenn er behauptet, dass die consequente Durchführung der Theorie von Geyer nahezu zur Vernichtung des strafbaren Versuches führen würde.[31] Hierin ist er meiner Meinung nach unwiderlegt geblieben; denn wenn Geyer dagegen geltend macht, dass nicht jeder unzulängliche Versuch von ihm straflos gelassen werde, indem er dabei an den Fall erinnert, in welchem es sich um die weitere Ausführung eines bereits zum Theil verwirklichten Planes handelt,[32] so giebt er damit stillschweigend zu, dass er überall, wo die Fortsetzung einer begonnenen Thätigkeit nicht in Frage kommt, die gegen ihn gezogene Consequenz abzulehnen nicht in der Lage ist.

Aber auch darin stimme ich mit Walther überein,[33]

---

[31] Walther a. a. O. S. 49. cf. auch v. Buri: Gerichtssaal 1867 S. 72.
[32] Geyer a. a. O. S. 72.
[33] Walther a. a. O. S. 41.

dass Geyer dem Zufall einen zu grossen Spielraum gewährt. Zwar verkenne ich nicht, dass gerade mit diesem Einwand in der Versuchslitteratur vielfach Missbrauch getrieben worden ist. Man hat es für bedenklich erachtet, eine Mutter, die ihr neugeborenes Kind lebensgefährlich behandelt, bloss aus dem Grunde straffrei ausgehen zu lassen, weil nicht der Beweis des Lebens desselben herzustellen wäre.[34] Hält es doch noch Häberlin im Jahre 1864 für ganz exorbitant, dass bisweilen das Gutachten der Aerzte über volle Strafe oder volle Straflosigkeit in letzter Linie entscheide,[35] als wenn es eine Ungerechtigkeit wäre, eine Anklage gegen den nicht zu erheben, dessen Zurechnungsunfähigkeit zur Zeit der Begehung der That, durch medicinische Experten, anstatt durch Laien, festgestellt worden ist. Ganz ähnlich hat Pfotenhauer 1838 argumentirt, indem er die Entscheidung der Göttinger Juristenfakultät belobt, die bei mangelndem Beweis des Causalzusammenhanges die Angeklagte wegen versuchten infanticidium und conkurrirender culposer Tödtung mit zehnjähriger Zuchthausstrafe belegt hat, während er das Urtheil der Hannöver'schen Justizkanzlei zu Osnabrück, die in Rücksicht darauf, dass ihr das Leben des Kindes nicht genügend constatirt war, auf Freisprechung erkannt hat, in dem Maasze befremdlich findet, dass er schon dadurch allein die objektive Theorie für gerichtet erklärt.[36] Es genügt meines Erachtens nicht, solchen Ansichten entgegenzuhalten, dass sich der Zufall im Criminalrecht nicht ganz bannen lasse.[37] Selbst den Einwand von Geyer, dass es ein Widerspruch ist, dem Zufall auf der einen Seite jeden Spielraum zu versagen und ihm doch wieder auf der andern

---

[34] cf. die von Zachariae Bd. I S. 251 mitgetheilten Ansichten.

[35] Häberlin: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln. Gerichtssaal pro 1864 S. 243. 244. Auf S. 224 i. f. erklärt er aber: „Es ist eben das Wenn und das Aber, es ist der Zufall, der im menschlichen Leben überhaupt eine solche Rolle spielt.“

[36] Pfotenhauer a. a. O. S. 105—110.

[37] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 278. Bd. II S. 71 S. 258.

Einfluss auf das Strafmaass zuzuschreiben, indem die gleiche Beurtheilung von Versuch und Vollendung in Deutschland kaum einen Fürsprecher habe,[38] halte ich noch nicht für ausreichend; denn ihm ist replicirt worden, dass der Zufall deshalb noch nicht über die absolute Strafbarkeit der That zu entscheiden brauche.[39] Vielmehr bin ich der Meinung, dass diejenigen, die in der Anerkennung einer über uns waltenden Macht einen Grund sehen, eine Theorie zu bekämpfen, damit ihre Bedeutung für das menschliche Leben und demzufolge für alle Gebiete des Rechtes verkennen. Man schaffe den Zufall im Civilrecht ab, und wir, die wir uns seiner nicht im Criminalrecht erwehren können, werden willig folgen. Eben deshalb behauptet Walther zu Unrecht, dass die Theorie, der er anhängt, die Strafbarkeit lediglich von der in der objektiven Beschaffenheit der That sich abspiegelnden Intelligenz und der damit im Zusammenhang stehenden Intensivität und Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens abhängig mache,[40] als ob es denn doch nicht das blinde Ohngefähr wäre, das oft darüber entscheidet, dass der eine eine der Wissenschaft entsprechende Kenntniss über die Natur eines Mittels erlangt, während der andere hierüber unaufgeklärt bleibt oder geflissentlich in Irrthum versetzt wird. Die Aufwärterin eines Photographen mag Cyankali als Gift fürchten lernen, während vielleicht die eines Arztes, sei es in Folge eines Missverständnisses, sei es in Folge einer Fopperei eine unschädliche Substanz, die sie sich anzueignen gewusst hat, für ein untrügliches Tödtungsmittel hält. Die Mutter, die ihr Kind ums Leben zu bringen beabsichtigt, würde demnach, je nachdem sie sich bei der einen oder anderen Raths erholt und danach handelt, strafbar oder straflos sein.[41] So wird auch Walther nicht um-

---

[38] Erörterungen S. 58. 59.

[39] Walther a. a. O. S. 42.

[40] a. a. O. 42.

[41] Auch Walther nimmt Straflosigkeit an, wenn der Thäter ein untaugliches Mittel für tauglich hält.

hin können, dem Zufall auch auf die absolute Strafbarkeit den Einfluss wider Willen zuzuschreiben, den ihm Geyer aus freien Stücken gewährt.

Dagegen glaube ich, dass sich der von mir erhobene Einwand von einem anderen Gesichtspunkt aus substantiiren lässt. Man wird nämlich wohl unzweifelhaft von der Voraussetzung ausgehen müssen, dass der Gesetzgeber allen Rechtsgütern derselben Gattung einen ganz gleichen Schutz gewährt. Dabei wird er es freilich nicht vermeiden können, dass der ganz gleiche dolus und dieselbe äussere Thätigkeit in dem einen Fall ein vollendetes, in dem anderen aber ein versuchtes Delikt zu Wege bringt, und damit über die relative Strafbarkeit Einfluss ausübt. Insoweit wird auch er dem Walten des Zufalles Spielraum gewähren müssen. Dahingegen hat er das Recht, die Pflicht und die Macht, ihm wenigstens insoweit entgegen zu treten, dass nicht bei gleicher Sachlage der Angriff gegen ein zum selben Genus gehöriges Objekt, je nach dem Ausgang, bald strafbar, bald straflos sei. Hiergegen scheint mir Geyers Ansicht zu verstossen. Wer eine ganz gleiche Dosis Arsenik dem Organismus eines hieran gewohnten Mannes zuführt, hätte sich keines Verbrechens schuldig gemacht, wer aber dasselbe Experiment mit einem gebrechlichen Greise vornimmt, so dass dieser dabei zu Grunde geht, wäre wegen Mordes zu verurtheilen. Dies dürfte den Anforderungen der Gerechtigkeit nicht entsprechen. Wollte man hiergegen einwenden, dass der Gesetzgeber zur Vermeidung einer solchen Ungleichheit aus der Beibringung von der Gesundheit schädlichen Substanzen ein besonderes Delikt geschaffen habe,[42] so würde man dessen Intention verkennen;[43] denn damit sollte nicht der Versuch eines Giftmordes überall da ausgeschlossen werden, wo die Fortsetzung der Thätigkeit nicht im Plane des Verbrechers liegt, vielmehr hat der Gesetz-

---

[42] § 229 Reichs-S.-G.-B. — Württemberg Art. 240. — Hannover § 244 Nr. II. — Hessen Art. 276. — Baden § 244 etc.

[43] Geyer verkennt dies übrigens selbst nicht cf. S. 71 a. a. O.

geber der Verschiedenheit der Willensrichtung in der Weise Rechnung getragen, dass er ein und dieselbe Handlungsweise, je nachdem sich in ihr die Absicht zu tödten oder die, zu verletzen, kundgiebt, als Mordversuch oder als Gefährdung der Gesundheit beurtheilt sehen will.[44]

Geyer ist aber hier auch noch von einem anderen Gesichtspunkte aus angreifbar. Er erachtet nämlich den Irrthum in Thatsachen als das Charakteristische des untauglichen Versuches.[45] Damit erscheint es mir aber unvereinbar, wenn er die Anwendung eines unzulänglichen Mittels unter diese Art des Versuches zählt. Ein Irrthum in einer Eigenschaft des Mittels läge nicht vor, vielmehr nur die Täuschung über seine Wirksamkeit im conkreten Fall. Verstehe ich aber Geyer recht, so ist er nicht gewillt, sich den Criminalisten anzuschliessen, welche den Begriff des Irrthums so lax auffassen, dass sie ihn überall da als vorliegend erachten, wo die Dinge der Welt einen anderen Verlauf nehmen, als gerade den, welchen sich Jemand in seinem Kopf zurecht gelegt hat.

Nicht minder bedenklich erscheint mir auch der andere Theil der auf die unzulänglichen Mittel bezüglichen Lehre, wonach der Umstand, dass eine Fortsetzung der begonnenen Thätigkeit beabsichtigt ist, ausreichen soll das, was sonst straflos wäre, strafbar zu machen. Hier hat meiner Ansicht nach Lammasch den Kernpunkt getroffen, wenn er behauptet, dass in diesem Fall die Absicht ebensowenig partiell ver-

---

[44] Wenn mehrfach in der Litteratur das in § 229 vorhergesehene Delikt als eine qualificirte Körperverletzung angesehen wird cf. z. B. Schwarze Commentar S. 571. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III § 19 S. 560 so kann ich dem nicht beistimmen. Mit der Beibringung des Giftes, nicht mit dem Eintritt einer Körperverletzung ist das Delikt vollendet (Oppenhoff Commentar Note 8 und Schütze Lehrbuch S. 404 Note 10). Insoweit scheint mir Binding Normen Bd. II S. 519 und 520 in seinem Recht zu sein. Wenn er aber den im § 229 bestimmten Thatbestand „als vorsätzliche Lebensgefährdung, qualificirt durch die Absicht mittels Giftes zugleich eine Körperverletzung zu bewirken“ auffasst, so muss ich widersprechen. cf. § 13.

[45] a. a. O. S. 68.

wirklicht sei, wie in dem ihm von Geyer gegenüber gestellten.[46] Fassen wir nämlich, um uns der Terminologie zu bedienen, die Geyer zur Anwendung bringt, die Absicht als die Richtung des Willens auf die Erzeugung des Uebels, das der Gesetzgeber vermieden wissen will und den Vorsatz als die Richtung des Willens auf die Mittelshandlung, durch welche dasselbe hervorgerufen werden soll, auf,[47] so würde beim Giftmord die Absicht auf Tödtung, der Vorsatz auf Anwendung von Gift gehen. Alsdann hätte weder der A noch der B seine Absicht auch nur theilweise verwirklicht, weder der eine noch der andere wäre dem Erfolge näher getreten, vielmehr würden sich beide dadurch unterscheiden, dass der eine seinen Vorsatz total, der andere nur partiell ausgeführt hätte. Geyer will dies zwar aus dem Grunde nicht zugeben, weil es ein innerer Widerspruch sei, von Gift in unschädlicher Quantität zu sprechen und er folgert daraus, dass jener Thäter einen unrealisirbaren Entschluss gefasst, dieser aber eine wahrhaft förderliche Grundlage für seine weitere Handlungsweise gelegt habe.[48] Allein wenn wir von Gift nur unter der Bedingung zu sprechen berechtigt wären, dass eine Störung im Organismus stattfindet, so wären wir hierzu auch da nicht befugt, wo nach dem Plane des Thäters ein Verbrechen einen successiven Verlauf nehmen soll. Es ist nicht abzusehen, wie eine zweite Dosis Arsenik die Wirkung der ersten verstärken könnte, wenn die Voraussetzung gegeben ist, dass die letztere sich nicht im Mindesten schädlich erwiesen habe. Was dagegen die Verschiedenheit des Entschlusses anlangt, so kann derselbe, so weit er sich überhaupt nicht bethätigt hat, juristisch nicht in Betracht kommen, soweit er dagegen zur Ausführung gelangt ist, haben wir es in dem einen wie anderen Falle mit der gleichen Absicht und mit der gleichen

---

46 Lammasch a. a. O. S. 14. 15.

47 a. a. O. S. 60 und Erörterungen S. 2.

48 a. a. O. S. 74. 75. 76. 79.

Handlung zu thun, so dass ich Walther[49] und v. Buri[50] zustimmen möchte, wenn sie von der Bestrafung der nuda cogitatio sprechen, insofern das, was dort für erlaubt erklärt wird, hier als unerlaubt gelten soll.

Inwieweit trotzdem der Grundgedanke, von dem sich Geyer hat leiten lassen, uns auch hier berechtigt erscheint, wird sich aus unserer Auffassung über die Strafbarkeit des unvollendeten Verbrechens von selbst ergeben, und sich aus unserer weiteren Darstellung die Frage, unter welchen Umständen der Wille „nach und nach zu vergiften" strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen sei,[51] von selbst erledigen.

Es bleibt uns somit nur noch übrig hervorzuheben, dass auch das Erforderniss der „theilweisen Verwirklichung der Absicht" nicht geeignet ist, die Grenze zwischen Versuch und Mangel im Thatbestand erkenntlich zu machen. Verlangen wir, dass der Verbrecher sich in Wirklichkeit seinem Ziele genähert haben soll, so würden wir bei den Delikten, deren Consummation von dem Eintritt eines Erfolges oder von der Erreichung des gesetzten Zweckes bedingt ist, das Gebiet des Strafbaren zu sehr einengen; begnügen wir uns dagegen damit, dass der Thäter dies gethan zu haben wähnt, dasselbe zu sehr erweitern. Den Mörder, dessen Dolch an einem Panzerhemde zerbricht, und den Räuber, der auf einen ihm gewachsenen Widerstand stösst, wären wir in jenem Fall zu verfolgen verhindert, während wir in diesem den Diebstahl an der eigenen Sache und den Meineid vor einer vermeintlich competenten Behörde für strafbar erklären müssten.

---

49 Walther a. a. O. S. 50.
50 v. Buri: Gerichtssaal pro 1867 S. 74.
51 a. a. O. S. 75.

C. Der Dolus ex re.

§ 10.

Von allen Fehlern, die im italienischen Versuchsbegriff liegen, springt wohl keiner mehr in die Augen als die erschreckende Ausdehnung, die er für sich beansprucht. Sobald der Wille, ein Verbrechen zu begehen, den Boden der Aussenwelt betritt, befindet er sich unter seiner Herrschaft und er bewegt sich unter ihr so lange, bis er die Consummation bewirkt hat. Die Grenzen sind so weit gesteckt, dass sie weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin mehr vorgerückt werden könnten. Nur die Freiheit der Gedanken war anerkannt, was darüber hinaus lag hatte bereits strafrechtliche Bedeutsamkeit; danach war keine verbrecherische Willensbethätigung denkbar, die nicht den Thatbestand des Versuches oder den des vollendeten Verbrechens ausgemacht hätte. Um dieser als unzuträglich empfundenen Consequenz zu entgehen, waren nur zwei Wege möglich. Entweder konnte man mit Hilfe materieller Rechtsgrundsätze dem zu weiten Gebiete einen Theil dadurch entreissen, dass man den Staat für nicht berechtigt erklärte, von seinem Strafrecht soweit Gebrauch zu machen, als der Begriff gereicht haben würde oder man konnte durch Erschwerung des Beweises zu bewirken suchen, dass sich der Uebelstand minder fühlbar mache. Jene Methode ist, wie wir gesehen haben, von der objektiven Theorie befolgt worden, während diese von denen zur Anwendung gebracht wird, welche lehren, dass die Strafbarkeit des Versuches den dolus ex re d. h. eine solche Sachlage erfordere, dass aus ihr die Absicht des Thäters, ein bestimmtes Verbrechen zu verüben, erhelle. Insbesondere hat Luden diese Ansicht für unsere Quellen eingehend vertheidigt und dabei sich namentlich auf die accusatorische Form des Verfahrens, welche ihnen zu Grunde liegt, gestützt;[1] ob er ihnen aber

[1] Luden: Abhandlungen aus dem teutschen Strafrecht Bd. I S. 101 fg. S. 312 fg. S. 462 fg.

nicht dabei vielfach Zwang angethan hat, ist eine andere Frage, mit der wir uns eingehender an einer anderen Stelle zu beschäftigen haben werden. Jedenfalls glauben wir, es wesentlich seinem Einfluss zuschreiben zu müssen, wenn wir vielfach in der Litteratur die Behauptung aufgestellt finden, dass das Geständniss nicht als zulässiges Beweismittel erachtet werden dürfe, wenngleich wir nicht verkennen, dass sie bisweilen auch von denen ausgesprochen worden ist, welche im Uebrigen einen anderen Standpunkt einnehmen.[2]

In neuester Zeit hat namentlich John sich zu der Theorie bekannt, die Luden für unsere Quellen vertritt, indem er nicht blos die Schwierigkeiten, mit denen wir in der Versuchslehre zu kämpfen haben, auf den Umstand zurückführt, dass der Anklageprocess dem Inquisitionsprocess hat weichen müssen, ohne dass er in seiner Reinheit durch die neueren reformirten Gesetzgebungen Deutschlands reaktivirt worden wäre, sondern überdies auch nur dann die Annahme eines versuchten Verbrechens für gerechtfertigt hält, wenn die veranlassten Erhebungen, unabhängig vom Geständniss des Angeschuldigten, auf eine beabsichtigte Rechtsverletzung hinweisen.[3] Zwar könnte es scheinen, als ob er noch weiter gehe und zum Versuch eine solche Handlung verlange, in der sich die verbrecherische Absicht wiederspiegele;[4] allein ich glaube ihn nicht misszuverstehen, wenn ich nach seinen Deduktionen annehme, dass er sich dieser Ausdrucksweise nur der Abkürzung wegen bedient hat. Er geht nämlich von der Erwägung aus, dass — von den Fällen der Selbstdenunciation vorläufig abgesehen — die Einleitung einer

---

[2] Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 20. Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch S. 68. Schon Mittermaier: N. Arch. Bd. II S. 605 und Rossi: a. a. O. Cap. 30. S. 154 haben mit dem dolus ex re operirt.

[3] John: Beurtheilung eines Erkenntnisses des Hamburger Strafgerichts in v. Holtzendorff's Allgem. Straf.-R.-Z. pro 1872 S. 57 fg.

[4] a. a. O. S. 98. Soweit der dolus ex re in der Litteratur in diesem Sinne gebraucht wird, findet er sich im folgenden § besprochen.

Untersuchung die Aufnahme des objektiven Thatbestandes voraussetze, so dass lediglich aus dem Geschehenen die Conklusion, ob eine Rechtsverletzung vorliege, gezogen werden müsse. Wenn dabei der Befund bald eine grössere, bald eine geringere Ausbeute zu gewähren pflege, so sei dies insofern unerheblich, als es nur darauf ankäme, irgend welches Delikt zu constatiren. Damit sei die weitere Untersuchung im Interesse der Aufklärung der Sache gerechtfertigt, gleichviel zu welchem Ergebniss sie auch führe. — So lange der Thäter noch unbekannt sei, bliebe nichts übrig, als die gleichen Grundsätze auch analogisch auf das versuchte Verbrechen anzuwenden, so dass der Richter lediglich aus dem Resultat der von ihm vorgenommenen Erhebungen sich ein Urtheil darüber bilden müsse, ob und ev. welche Rechtsverletzung beabsichtigt gewesen sei.[5]

Werde dagegen in Folge einer Selbstdenunciation eingeschritten, so würde man gegen den Grundsatz cogitationis poenam nemo patitur verstossen, wollte man das vollendete Verbrechen anders behandeln als das versuchte. Wie man sich dort nicht auf die Angaben einer Selbstbezichtigung verlasse, sondern constatire, ob sich dieselben in Uebereinstimmung mit den anderweitig ermittelten Thatsachen befänden, so dürfe man sich hier nicht darauf beschränken, den Nachweis zu führen, dass das, was der Thäter gegen sich selbst vorgebracht habe, objektiv der Wahrheit entspreche, vielmehr müsse auch festgestellt werden, dass das Geschehene auch in Wirklichkeit zur Begehung eines Verbrechens habe dienen sollen. Die Selbstdenunciation dürfe daher nur in der Weise verwerthet werden, dass sie als Mittel benutzt werde, diejenigen Thatsachen wahrzunehmen, die ohne sie verborgen geblieben wären, nicht aber in der, dass man die verbrecherische Intention auch dann als erwiesen annehme, wenn sie aus der Objektivität nicht hervorginge. Denn man würde sonst nicht eine That, in der sich ein verbrecherischer Wille kundgegeben, sondern die

[5] a. a. O. S. 90—92.

durch das Geständniss an den Tag gelegte cogitatio bestrafen, indem das Denken und Wollen nur dann aufhöre, ein factum internum zu sein, wenn es ein immanenter Bestandtheil der zur Erscheinung gebrachten Veränderung in der Sinnenwelt geworden wäre. Deshalb müssten auch die inneren Vorgänge des Thäters nicht nach dem, was er selbst hierüber angiebt, sondern nach dem, was sich aus den Thatsachen selbst entnehmen liesse, beurtheilt werden.[6]

An diesen Principien sei auch dann festzuhalten, wenn es sich um die Frage handele, in wie weit etwaige Geständnisse des Thäters benutzt werden dürften, um die Punkte, welche der objektive Befund unaufgeklärt gelassen habe, als erwiesen anzunehmen. Allein dies werde nur im accusatorischen Process anerkannt, während der inquisitorische hiergegen verstosse. Denn hier werde der Angeklagte als ein Mittel, die Wahrheit zu erforschen, benutzt. Deshalb sei er verpflichtet, Rede und Antwort zu stehen, und wenn auch in den modernen Gesetzgebungen alle Zwangsmittel, die Lügen- und Ungehorsamstrafen verworfen seien, so übe doch noch immer der Umstand, ob der Inkulpat sich geständig gezeigt oder hartnäckig geleugnet habe, einen erheblichen Einfluss auf das Strafmaass aus. Bei einem solchen Verfahren sei mithin die Möglichkeit gegeben, in das Geschehene die Willensintention, welche der Angeschuldigte im Laufe der Untersuchung gegen sich bekannt habe, hineinzulegen, und dadurch der That einen verbrecherischen Charakter zu geben. Im Accusationsprocess aber sei der Ankläger lediglich auf das Material angewiesen, welches er sich selbst beschaffe. Auf eine Unterstützung durch das Geständniss des Angeklagten könne er nicht rechnen, mithin müsse hier der Beweis, dass ein Verbrechen gewollt sei, ausschliesslich aus den ermittelten Thatsachen geführt werden.[7]

Wenn daher das materielle Gesetz nicht jede Bethätigung

---

[6] a. a. O. S. 92—94.
[7] a. a. O. S. 94—96.

eines schuldhaften Willens bestraft wissen wolle, während die Prozedur-Ordnung derart angelegt sei, dass sie zu Resultaten führe, die mit jenem nicht übereinstimmen, so müsse der daraus sich ergebende Widerspruch dadurch gelöst werden, dass man sich auf den Standpunkt des accusatorischen Prozesses stelle, um die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu finden.[8]

Demgemäss wiederholt John seine der Praxis bereits anderweitig gegebene, wie folgt, lautende Regel:[9]

„*Sieh zu, was geschehen ist. Musst Du aus den als geschehen erwiesenen Thatsachen den Schluss ziehen, dass ein bestimmtes Verbrechen gewollt ist, so strafe das, was geschehen ist, als den Versuch des Verbrechens; zwingen Dich dagegen die als geschehen erwiesenen Thatsachen nicht dazu, diesen Schluss zu ziehen, so lasse das, was geschehen ist, straflos. Aber — und das merke wohl — lass die Thatsachen sich selbst erklären, beschränke Dich ausschliesslich auf dasjenige, was die Thatsachen selbst Dir sagen, und lasse dasjenige, was etwa der Angeschuldigte zur Erklärung des Geschehenen Dir mittheilt, unberücksichtigt. Denke Dir den Angeschuldigten entweder als gar nicht vorhanden oder als stumm.*"

Es könnte danach den Anschein gewinnen, als wenn John der Ansicht wäre, dass die Praxis das Geständniss bei einem vollendeten Verbrechen nach anderen Grundsätzen behandelte als beim versuchten, oder dass er selbst ihm eine andere Bedeutung dort, eine andere hier zuschriebe. Allein diese Ansicht verbietet sich von selbst, wenn wir die hier von John vertretene Lehre mit der zusammenhalten, die er in seinem Entwurf vorträgt.[10] Vielmehr werden wir annehmen müssen, dass er es mit den Grundsätzen des accusatorischen Processes, gleichviel ob ein versuchtes oder ein

[8] a. a. O. S. 96—98.

[9] a. a. O. S. 92 cf. auch den Note 10 citirten Entwurf S. 217.

[10] John: Entwurf mit Motiven eines Straf.-G.-B. für den Nordd. Bund S. 217—220. S. 52. 53.

vollendetes Verbrechen in Frage kommt, für durchaus unvereinbar erachtet, den Angeschuldigten zum Objekt der Untersuchung in der Weise zu machen, dass erst durch seine Vernehmung das Material für die Anklage beschafft werde. Gäbe man diese Praxis auf, und verlangte man, dass die beweispflichtige Partei sich nach den Mitteln, durch welche sie die Verurtheilung erwirken will, selber umthue, so werde der Erfolg eintreten, dass die s. g. Vorbereitungshandlungen in ihrer Zweideutigkeit nicht zum Gegenstand einer Anklage gemacht werden könnten. Mit ihrer Ausscheidung bliebe von selbst das Gebiet des Versuches übrig, das das materielle Recht für strafbar erkläre.

Abgesehen von allen Einwendungen, die wir gerade hiergegen bereits früher erhoben haben, leuchtet ein, dass, wenn man den Weg, auf welchem in der Regel Geständnisse eines Angeschuldigten erzielt werden, als unzulässig verbieten würde, man damit nur zu dem Resultate käme, die Zahl der Fälle, in denen von dem in Rede stehenden Beweismittel Gebrauch gemacht werden kann, zu verringern. Man kann wohl in dieser Beziehung nicht weiter gehen als das englische Recht, welches vorschreibt, dass der Angeklagte

„*schall be asked, if he wishes to say anything in answer to the charge, but at the same time cautioned, that he has nothing to hope from any promise or to fear from any threat, that may have been held out to him, and that (notwithstanding any such promise or threat) anything he may then say may be read in evidence against him upon his trial.*[11]

Diese Eröffnung wird in der englischen Praxis geradezu als eine Warnung empfunden, durch die der Angeklagte abgehalten werden soll, ein Geständniss abzulegen, so dass die Ansichten über ihre Zweckmässigkeit getheilt sind.[12]

[11] Stephens: Commentaries of the laws of England (London 1868). Bd. IV S. 443.

[12] Mittermaier: Das englische, schottische, nordamerikanische Strafverfahren S. 240. 241.

Marquardsen bezeugt sogar, dass die Londoner Magistrate sich „über dieses moderne Abschreckungssystem" offen beklagen.[13] Nichtsdestoweniger hat auch dadurch das Geständniss nicht aufgehört, im englischen Recht seine Rolle zu spielen, im Gegentheil soll dasselbe nicht selten vorkommen.[14] Würde sich daher unsere Reichsprocessordnung von den Grundsätzen des inquisitorischen Processes insoweit entfernt haben, als sie die Vernehmung des Angeschuldigten für unstatthaft erklärt, und nicht vielmehr in ihr ein geeignetes Mittel gesehen hätte, zu einem selbstredend nicht auf verwerfliche Weise erpressten Geständniss zu gelangen,[15] so würde sich damit in der Sache selbst nichts geändert haben, wenn vielleicht auch die Zahl der Anklagen wegen Versuchs sich vermindert haben würde. Mag man daher auch durch Erschwerung des Beweises eine Abnahme der verurtheilenden Erkenntnisse bewirken, eine Modifikation des Begriffs wird dadurch nicht herbeigeführt.[16] Widerstrebt es unserm Gerechtigkeitsgefühl, in jeder verbrecherischen Willensbethätigung einen Versuch zu sehen, so bleibt nichts übrig, als die Identificirung von voluntas sceleris und conatus delinquendi zu bekämpfen, man kann aber nicht durch processualische Grundsätze einen materiellen Schaden beseitigen, wenngleich ich zugestehe, dass man ihn dadurch minder fühlbar zu machen im Stande ist.

Der Beweis, dass die Verbindung von inquisitorischen und accusatorischen Elementen nicht die Verwirrung angerichtet hat, an der wir in der Versuchslehre laboriren, lässt sich noch von einem anderen Gesichtspunkt aus führen. Zwar kann ich mich dabei nicht auf die Praxis der Länder berufen, in denen der accusatorische Prozess am reinsten

---

[13] Best's Grundlage des englischen Beweisrechts, herausgegeben von Marquardsen S. 354 Note 1.

[14] Best a. a. O. S. 351 Note 4. Mittermaier a. a. O. S. 355. Auch im amerikanischen Strafverfahren ist das Geständniss keine Seltenheit.

[15] §§ 136 und 190 Proz.-O. und Motive (3. Kortkampf'sche Ausgabe S. 160).

[16] cf. Binding a. a. O. Bd. II S. 130.

durchgeführt ist, auf die von England[17] und Nordamerika;[18] denn diesen Ländern ist der Begriff der Versuches im technischen Sinne unbekannt. Die Handlungen, welche sie als Versuch bestraft sehen wollen, werden von ihnen einzeln beschrieben.[19] [20] Wir haben es daher mit den s. g. formell

---

[17] Abweichend vom englischen Verfahren findet in Schottland eine Vernehmung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung statt; ja es werden sogar aus der Ablehnung einer Antwort Schlussfolgerungen auf die Schuld gezogen.

[18] In Nordamerika ist die Vernehmung des Angeschuldigten durch die Staatsverfassung der Union verboten. Mittermaier a. a. O. S. 202 cf. auch Tittmann: Ueber Gerichtsverfassung, Strafrecht u. Strafprozess in den Vereinigten Staaten Nord-Amerikas S. 82. 91. 141.

[19] Wegen England: Stephen Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens (Mühry'sche Ausg.) S. 1 Note 1. Dalloz a. a. O. Bd. 42 Nr. 44 S. 259. Stephens a. a. O. S. 168. 176. 185. 194. 216. 218. 421. 460.

[20] Wegen Nord-Amerika. Tittmann a. a. O. S. 55. Wharton: A Treatise on the Criminal Law of the United States (Philadelphia 1874) Bd. I § 178. 179 (betreffend die auf unsere Materie bezüglichen Bundesstrafsatzungen). Bd. II § 1155. 1156 §§ 1241 fg. 1264 fg. § 1228 und a. a. O. Livingston's Complete Works on Criminal Jurisprudence (New-York 1873) Bd. II S. 111—119. Ich will damit nicht in Abrede stellen, dass neben den Specialdelikten, unter denen die „assaults" die vornehmlichste Rolle spielen, der Ausdruck „attempt" vielfach vorkommt; aber ich glaube, dass Wharton europäische Ansichten in das Amerikanische Recht hineinträgt, wenn er ihm technische Bedeutung beilegt cf. Bd. II §§ 2686—2712. Zu dieser Annahme bestimmen mich folgende Gründe: Zunächst hat sich Wharton selbst ausser Stande gesehen, den „Attempts" in seinem System eine entsprechende Stellung zu geben. Er handelt sie im VI. Buch unter den „offences aigainst society" ab, wohin er: perjury, conspiracy, nuisance, lotteries, bigamy, adultery etc. zählt. Die Darstellung seiner attempts dagegen ist eine alle Verbrechen umfassende. Sodann will es ihm nicht gelingen, das Verhältniss, in denen die assaults zu den attempts stehen, klar zu legen; er lässt sich hierüber wie folgt aus (§ 2703): The analogy with assaults does not here hold good. No doubt it is enough to charge, that A. did „make an assault" on B. But the reason is that „assault" is a term which describes an act easily defined; which asserts a consummated offence; and which is always indictable, no matter in what sense the terme may be used. But „attempt" is a term peculiarly in-

vollendeten, materiell versuchten Verbrechen zu thun, von denen ich bereits an einer anderen Stelle angedeutet habe, dass es noch einer eingehenderen Untersuchung darüber bedarf, ob dieselben überhaupt unter den Begriff fallen, den wir in unseren Codifikationen zu finden haben. Dagegen möchte ich auf Braunschweig Bezug nehmen, dessen Strafgesetzbuch im § 36 vorschreibt:

„*Wer die Vollführung eines vorsätzlichen Verbrechens anfängt, solche aber nicht vollendet, oder falls ein bestimmter Erfolg zu den gesetzlichen Erfordernissen des Verbrechens gehört, diesen nicht bewirkt, soll . . . . . . mit einer gelinderen als auf das Verbrechen selbst gesetzten Strafe belegt werden.*“

und dessen bisher in Kraft gewesene Prozessordnung sich nicht blos im Allgemeinen unter allen deutschen Partikulargesetzgebungen am engsten dem englischen Verfahren an-

definite. It has no prescribed legal meaning. It relates from its nature to unconsummated offence. It offers acts some of which are indictable and some of which are not. Endlich deutet mir die Betrachtung einzelner Gesetzesstellen darauf hin, dass das Wort „attempt“ nur im Sprachsinn gebraucht ist. So verbieten die Gesetze der Vereinigten Staaten: endeavouring to impede, intimidate, or influence any juror, witness or officer in any court of the United States in the discharge of his duties, or by threats or force obstructing, or impeding or endeavouring to impede the due administration of justice therein; bribing or attempting to bribe the president or any director of the Bank of the United States. Ich kann nicht finden, dass sich das „attempting“ in seinem Sinne von dem vorangehenden „endeavouring“ unterscheidet. — Ebenso scheint es mir auf dasselbe hinauszukommen, wenn der eine Staat bestraft: Administering medicine with intent to produce abortion, während der andere verbietet: Attempt to procure abortion by administering a drug (§ 1230 Note 211 und Note 212). In beiden Fällen handelt es sich um den Aufwand bestimmter Bemühungen, einen Erfolg zu erzielen. In dieser Bedeutung wird aber das Wort „Versuchen“ im gemeinen Leben gebraucht. — Noch bestimmter tritt der Sprachsinn entgegen, wenn es in einzelnen Gesetzen heisst: „attempt to carry a white person out of the state; attempt to carry off a black person“ (§ 1213 Note 202. 203), oder wenn in einem Gesetz des Staates Ohio erwähnt wird „committing or attempting to commit any personal violence or abuse“ (§ 1604) etc.

geschlossen hat,[21] sondern überdies in ihrem § 43 die Bestimmung enthält, auf die es hier vornehmlich ankommt, und der zu Folge dem Angeschuldigten bei seiner Vernehmung bei Vermeidung von Disciplinarstrafen zu eröffnen war, dass er zu keiner Antwort oder Erklärung auf die ihm vorzulegenden Fragen verbunden sei. Dass aber dadurch die Zustände auf dem Gebiete, welches uns interessirt, sich dort besser gestaltet hätten, als wie wir sie in allen übrigen Theilen Deutschlands wahrzunehmen Gelegenheit haben, finde ich in der Litteratur von keiner Seite bekräftigt oder auch nur angedeutet.

John, der nicht verkennt, dass sein Verbesserungsvorschlag der Strafjustiz nur ein verhältnissmässig geringes Terrain abzugewinnen vermag, geht aber noch ein bedeutendes Stück weiter und erklärt nicht blos das processualische Mittel, welches gleichviel, ob in erster Reihe oder nebenher die Erlangung eines Geständnisses bezweckt, für unzulässig, sondern er kämpft auch gegen dessen Beweiskraft insofern an, als er den eruirten Thatsachen nur die Bedeutung, die sie unabhängig davon gehabt haben würden, zugeschrieben sehen will. Er lehrt also nicht, dass die Angaben des Verbrechers erst dann ausreichend sein sollen, die Ueberzeugung von seiner Schuld herzustellen, wenn sie in Folge anderweitiger Ermittelungen vollständig glaubhaft erscheinen, sondern er verlangt, dass kein Moment als bewiesen angesehen werden solle, was bei Ignorirung des Geständnisses beweislos dastehen würde.

Ich muss bekennen, dass ich mich weit eher mit einer Theorie befreunden könnte, welche die Selbstbezichtigung von vornherein ausschliesst, als mit einer solchen, welche sie erst zulässt, dann aber die Abstraktion von ihr gebietet. Alsdann wären wenigstens Vertheidiger und Richter des Gewissensconfliktes überhoben, das juristisch leugnen zu müssen, was sie moralisch als wahr erachten. Ich glaube aber

---

[21] Plank: Systematische Darstellung des deutschen Verfahrens Einl. S. XIII Nr. 7.

auch nicht, dass John der Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht gelungen ist; weder scheint mir die Natur des Anklageprocesses noch der Grundsatz: cogitationis poenam nemo patitur die von ihm gezogene Consequenz zu rechtfertigen.

Denn wenn auch der Ankläger bei allen seinen Massnahmen nur auf sich angewiesen ist, und insbesondere auf eine Unterstützung dessen, gegen den er vorzugehen gedenkt, nicht zu rechnen hat, so folgt doch daraus nicht, dass er ein Beweismittel zu benutzen verhindert sein sollte, das ihm aus freien Stücken entgegengebracht wird. Legt daher der Angeklagte ein Geständniss ab, das im Allgemeinen mit den anderweitigen Ermittelungen derart übereinstimmt, dass dadurch in dem erkennenden Richter die Ueberzeugung von seiner Schuld hergestellt wird, so hat der andere Theil seiner Beweispflicht vollständig Genüge geleistet. Wollte man aber dies nicht annehmen und mit John verlangen, dass jeder Detailpunkt, der ohne das Geständniss des Thäters nicht festgestellt werden könnte, aus demselben ausgeschieden und als nicht vorhanden betrachtet werden sollte, so würde ich darin eine Rückkehr zu einem Stück der formalen Beweistheorie erblicken. Denn dieser Grundsatz liefe darauf hinaus, die richterliche Ueberzeugung einem Geständniss gegenüber in der Weise einzuschränken, dass dem Angeklagten nur genau so viel geglaubt werden darf, als ihm geglaubt werden muss. Er würde aber auch zu nicht zu billigenden Folgerungen führen. Obwohl jeder Zweifel an der Schuld ausgeschlossen wäre, würde man zu schwer zu rechtfertigenden Freisprechungen kommen, wollte man nicht das Geständniss in seiner Totalität würdigen, sondern es in der von John vorgeschlagenen Art zergliedern. Nehmen wir beispielsweise an, es hätte ein Förster absichtlich eine ihm verhasste Persönlichkeit im Walde erschossen, und er würde sich nach Jahr und Tag der Staatsanwaltschaft freiwillig, von Gewissensbissen gequält, als den Mörder bezeichnen. Gesetzt, es würden die in Folge dessen angestellten Erhebungen durchweg die Angaben seiner Selbst-

bezichtigung bestätigen, ohne dass es jedoch gelänge, das Motiv zu seiner That anderweitig festzustellen oder irgend ein Moment dafür zu erbringen, dass er vorsätzlich gehandelt. Trotzdem kein Bedenken obwalten möchte, dass der Selbstdenunciant sich eines Mordes schuldig gemacht hat, könnte gegen ihn nicht vorgegangen werden. Eine fahrlässige Tödtung hat er nicht eingeräumt und die absichtliche wäre nicht zugleich auch anderweitig erwiesen.[22]

Ich finde aber auch nicht, dass die Praxis der Länder, in denen das Anklageprincip am consequentesten durchgeführt ist, die Ansicht von John zu unterstützen geeignet wäre.

In England hat der Umstand, dass der Angeklagte „guilty" plaidirt, die Folge, dass seine Verurtheilung ohne

---

[22] Aus meiner Praxis ist mir sogar ein Fall in Erinnerung, in welcher eine Selbstbezichtigung glaubhafter erschien als das beschworene Zeugniss derselben Person. Eine Fabrikarbeiterin war, nachdem sich in der Mittagsstunde das übrige Personal aus den Arbeitsräumen entfernt hatte, von ihrem Werkmeister, der sich mit ihr einen unzüchtigen Scherz erlauben wollte, über eine Krempelmaschine derart unglücklich geworfen worden, dass eine Knickung des hinteren Theils der Gebärmutter erfolgte. Nur eine Mitarbeiterin war noch zurückgeblieben; sie wollte aber, wie sie eidlich im Scrutinialverfahren bekundete, von dem Vorfall nichts bemerkt haben. Als aber die Verletzte in Siechthum verfallen und deshalb ihren Broterwerb aufzugeben genöthigt war, stellte sie in ihrer Noth die Civilentschädigungsklage gegen den Urheber ihres Unglücks an und berief sich in Ermangelung irgend eines anderen Zeugen auf dieselbe Mitarbeiterin, die bereits im Criminalverfahren vernommen worden war. Der elende Zustand der Klägerin hatte inzwischen das Gewissen der letzteren bewegt, und nunmehr bekannte dieselbe ganz spontan vor dem Civilrichter, vorher einen Meineid geleistet zu haben, und sie gab dabei eine sehr reiche Menge von Details an, die keinen Zweifel darüber liessen, dass sie nunmehr der Wahrheit die Ehre gegeben, und zu ihrer früheren falschen Aussage durch das Zureden des Werkmeisters bestimmt worden war, der seinen Einfluss als Vorgesetzter und als Erzeuger des Kindes, mit dem sie damals schwanger gegangen war, auf sie geltend gemacht hatte. — Von ihrem Geständniss abgesehen, hätte sich kaum der Nachweis führen lassen, dass sie den Eid wissentlich falsch geleistet habe, und dennoch möchte ich glauben, dass ihr, wenn sie auf Grund ihrer Selbstbezichtigung verurtheilt wurde, kein Unrecht geschehen ist.

Zuziehung der Geschworenen und ohne jede Untersuchung über den Sachverhalt ausgesprochen wird: Es wird mithin nicht einmal ein s. g. qualificirtes Geständniss erfordert.[23] In früherer Zeit nahmen allerdings die Richter Anstand, das plea guilty ohne Weiteres zu protokolliren und sie warnten deshalb den Angeklagten, ein übereiltes Geständniss abzulegen.[24] Abgesehen davon, dass sie damit nur ein nobile officium zu erfüllen glaubten und selbstredend damit nicht verhindern konnten, dass der Angeklagte auf seiner Erklärung bestand, hat sich auch neuerdings die Praxis dahin geändert, dass eine solche Warnung unterbleibt und das Strafurtheil sogleich gefällt wird.[25] So penibel auf der einen Seite jede Einwirkung auf den Angeklagten zur Eruirung der Wahrheit vermieden, so streng auch von dem vorsitzenden Richter jedes nicht völlig spontane Geständniss als nach den geltenden rules of evidence von vornherein als unzulässig zurückgewiesen oder hinterdrein in seiner charge an die Jury als Ueberführungsmittel von höchst zweifelhaftem Werth kritisirt wird,[26] so wenig wird somit auf der anderen Seite geprüft, ob die Guilty-Erklärung zu Recht oder Unrecht abgegeben worden ist.

Ebenso gilt in Schottland[27] und in Nord-Amerika[28] der Grundsatz: Confessus in judicio pro judicato habetur et quodammodo de sua sententia damnatur, so dass mit der Erklärung des Angeklagten, schuldig zu sein, das indictment als bewiesen und das Verfahren als abgeschlossen erachtet wird.

---

[23] Glaser: das englisch-schottische Strafverfahren § 294 S. 119. Mittermaier a. a. O. S. 336 und § 23 S. 352 fg. Best a. a. O. S. 351.

[24] Best a. a. O. S. 352. Stephen-Mühry a. a. O. S. 461.

[25] Mittermaier a. a. O. S. 355.

[26] Best a. a. O. S. 353. Mittermaier a. a. O. S. 336. 148. 179.

[27] Best a. a. O. S. 351 Note 3. Mittermaier a. a. O. S. 359. 360, woselbst zugleich die einzelnen Details, in denen hier das schottische Verfahren vom englischen abweicht, aufgeführt sind.

[28] Mittermaier a. a. O. S. 361. Tittmann: a. a. O. § 34 S. 115. Wharton a. a. O. Bd. I § 530.

Ich kann endlich auch nicht anerkennen, dass wir der Freiheit der Gedanken zu nahe treten, wenn wir bei einem Geständniss, an dessen Zuverlässigkeit wir nach allen Gründen der Vernunft zu zweifeln keine Veranlassung haben, den Thatsachen die Bedeutung beilegen, die ihnen der Angeklagte giebt.

Würde freilich der, sei es durch das Bewusstsein von den objektiven Merkmalen des Deliktes, sei es durch die Richtung auf einen jenseits der Handlung liegenden Erfolg oder auf einen durch sie zu vermittelnden Zweck qualificirte Wille derartig beschaffen sein, dass er auf die Aussenwelt anders einwirkte als der Wille schlechthin, so wäre allerdings ein Widerspruch gegen John wenigstens insoweit unbegründet, als man ein Geständniss über die inneren Vorgänge, die den entsprechenden Reflex in der Objektivität nicht zurückgelassen hätten, nicht als der Wahrheit entsprechend anzusehen vermöchte. Da aber diese Qualifikation des Willens sich der Sinnenwelt nicht mittheilt und mithin kein immanenter Bestandtheil der Veränderungen wird, die sich durch unsere Körperorgane constatiren lassen, so sind wir darauf angewiesen, durch Schlussfolgerungen, uns ein Bild von ihnen zu machen. In dem einen Fall mögen die Thatsachen derartig für sich sprechen, dass ein Zweifel darüber, was der Thäter gedacht und gewollt habe, kaum aufkommen kann, in dem anderen mögen sie in uns nicht die Gewissheit, die wir erstreben, hervorrufen: immer handelt es sich um eine Interpretation von inneren Momenten. Verletzen wir den Grundsatz: cogitationis poenam nemo patitur nicht, wenn wir aus Indicien folgern, ob ein Verbrecher mit Absicht oder mit Ueberlegung gehandelt hat, so können wir dies auch nicht thun, wenn wir uns eines anderen Auslegungsmittels zu gleichem Zweck bedienen. Man mag es daher allenfalls mit John als mit der Freiheit der Gedanken für unvereinbar erachten, dass ein Angeschuldigter zu irgend welcher Erklärung gegen sich genöthigt werde, allein daraus liesse sich nur dessen Recht, jede Auskunft zu verweigern ableiten, ein Recht, das man ihm

voll gewähren kann, ohne deshalb die Beweiskraft seines Geständnisses abweichend von der herrschenden Auffassung beurtheilen zu müssen.

Im Gegentheil kämen wir gerade dazu, den nicht bethätigten Entschluss vielfach unter dem Titel Versuch zur Rechenschaft zu ziehen, wollten wir die von John aufgestellte Regel zur praktischen Anwendung bringen. Nehmen wir beispielsweise an, es würde ein vielfach bestrafter Dieb in dem Augenblick verhaftet werden, in welchem ihm ein Schlosser den bei ihm bestellten Schlüssel abliefert. Es dürfte unschwer sein, sich eine Combination von Umständen zu construiren, wodurch bis zur Evidenz unter Ausschluss eines jeden Inquisitoriums der Beweis erbracht wird, dass alle Massnahmen für einen in der folgenden Nacht projektirten Diebstahl getroffen waren, dessen Verübung nur der dazwischen getretene Zufall verhindert hat. Nach dem von John gelehrten Prinzip müssten wir einen strafbaren Versuch annehmen; ich würde aber glauben, dass wir gegen den Grundsatz „cogitationis penam nemo patitur“ handeln würden, würden wir den bestrafen, der noch freie Wahl hat, seinen verbrecherischen Entschluss auszuführen oder von ihm Abstand zu nehmen.

Selbstverständlich ist es überdies, dass eine Theorie, welche an dem hergebrachten Versuchsbegriff festhält, nicht frei von den Fehlern sein kann, die an ihm haften. Deshalb schliesst auch sie nicht die Identificirung vom Mangel im Thatbestand und Versuch aus. Bei dem grossen Schwanken der Doktrin darüber, ob dieser oder jener Begriff vorliegt, scheint es mir angemessen, den Nachweis für meine Behauptung an dem Verbrechen zu führen, bei welchem sich eine solche Unsicherheit bisher noch am wenigsten fühlbar gemacht hat, an dem Meineid.

Ein Beispiel aus meiner eigenen Praxis, dass eine unzuständige Behörde einen Schwur erfordert hat, ist mir nicht bekannt. Dagegen bin ich selbst in der Lage gewesen, einer Partei in einer Bagatellsache einen Eid abzunehmen, in dessen Norm der Richter, den ich ohne jede Kenntniss

der Akten zu vertreten hatte, das Wort „nicht“ in Folge eines Versehens ausgelassen hatte. Weder hatte mich der Comparent auf den Irrthum aufmerksam gemacht noch hatte ich ihn bei dem Mangel jeder Vorbereitung bemerkt. Erst nach Abhaltung des Termins nahm ich zu meiner Bestürzung wahr, dass der Verklagte genau das Gegentheil von dem, was er in allen Schriftsätzen behauptet, beschworen hatte. Sprach schon die ganze Sachlage dafür, dass dies zu thun nicht in seiner Intention gelegen hat, so liessen auch die weiteren Schritte, die er ergriff, um eine Abänderung des ihn verurtheilenden Erkenntnisses herbeizuführen, darüber keinen Zweifel.[29] Fingiren wir im Anschluss hieran den Fall, dass das, was der Angeklagte beschwören wollte, einen Meineid involvirt haben würde, so würde er sich nach dem von John aufgestellten Princip eines Versuchs schuldig gemacht haben, während wohl, wenn ich von der extremsten Richtung der subjektiven Theorie absehe, darüber Uebereinstimmung herrscht, dass wir es hier mit einem Mangel im Thatbestand zu thun gehabt hätten.

Soweit ich sehe, hat sich allein van Swinderen durchweg den An- und Ausführungen John's angeschlossen, ohne jedoch ein neues Moment zu ihren Gunsten erbracht zu haben.[30] Nur darin weicht er ab, dass er erklärt, dass eine Definition des Versuches aufzustellen, nicht Sache des Strafgesetzbuches, sondern die der Prozessordnung sei.[31] Obwohl ich seine Ansicht nicht theile, will ich doch nicht um Formalitäten mit ihm rechten. Der Nothstand, in dem wir stecken, würde uns wohl entschuldigen, wenn wir uns den

---

[29] Ich hatte ausgeführt, dass es seine Pflicht gewesen wäre, die Eidesnorm zu prüfen, und dass das, was er beschworen, als zugestanden erachtet werden müsse. Recurrirend machte er geltend, dass im Erkenntniss ein Irrthum liegen müsse, da er selbstredend nicht das Gegentheil seiner Behauptungen würde beschworen haben. — Dies war aber doch einmal geschehen.

[30] van Swinderen a. a. O. 63—73. S. 142—144.

[31] a. a. O. S. 143 i. f.

Begriff da nehmen, wo wir ihn auch immer finden. Jedenfalls ist aber die Definition, die van Swinderen aufstellt:[32]

> *„Versuch ist jeder entfernte Angriff auf ein bestimmtes Recht, mit der Absicht, das Recht selbst zu verletzen, welches bei den vorbereitenden Handlungen, die als crimina sui generis gestraft werden, oder bei denen der Zeitpunkt des vollendeten Verbrechens vorausgeschoben wird, nicht vorkommen kann“*

so wenig praktisch brauchbar, dass er selbst nicht die Verantwortung hat übernehmen wollen, seinem Vaterlande ihre Reception in das Gesetzbuch anzuempfehlen.[33]

D. Die subjektiv-objektive Theorie.

§ 11.

Nachdem wir uns bisher mit den Theorieen beschäftigt haben, welche in dem tendere ad delinquendum gleich den Italienern den Versuch eines Verbrechens sehen, bleibt nur noch eine Theorie als der Gegenstand unserer Betrachtung übrig, nämlich die, welche Hälschner in seinem System aufgestellt hat.[1] Derselbe hat sich damit um die Rechtswissenschaft das Verdienst erworben, den italienischen Begriff zurückgedrängt und an seine Stelle einen neuen gesetzt zu haben. Wenn wir uns aber auch mit seiner Schöpfung nicht einverstanden erklären können, so liegt dies daran, dass wir den von ihm gewählten Ausgangspunkt von Hause

---

[32] a. a. O. S. 128. Ich citire die Uebersetzung, welche in der Kritik der qu. Brochüre in Goltdammers Archiv pro 1870 S. 365 gegeben ist.

[33] van Swinderen: Die Entwürfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich der Niederlande in Goltdammers Archiv pro 1877 S. 125. Ich darf mich wohl, wie im Text geschehen, ausdrücken, wenn ein Schriftsteller in erster Linie anempfiehlt, den Versuch undefinirt zu lassen, und nur, wenn einmal der usus tyrannus sein soll, zu irgend einer besseren Definition als der des Code pénal räth.

[1] Hälschner: System des preuss. Strafrechts Bd. I § 46 S. 173 fg.

aus nicht für geeignet erachten, uns zum erwünschten Ziele zu führen.

Hälschner geht nämlich mit Köstlin von dem Grundgedanken aus, dass die volle Einheit zwischen That und Wille den Begriff der Consummation ausmache.[2] Daraus folgert er, dass es nur der Aufklärung der Erscheinung bedürfe, weshalb die subjektive Seite sich in der objektiven nicht vollständig wiederfinde, um das Wesen des Versuches zu erkennen.[3] In dieser Voraussetzung scheint mir der Irrthum seiner Lehre zu liegen. Denn derjenige, welcher lehrt, dass beim Versuch mehr gewollt als geschehen sei bildet unbewusst einen doppelten Gegensatz zur Vollendung, bei den formalen Verbrechen stellt er ihr den Anfang, bei denen, die zu ihrem Thatbestand einen Erfolg verlangen, den Mangel dieses Requisits gegenüber. Die Richtigkeit unseres Schlusses a priori bestätigt Hälschner selbst, indem er erklärt:[4]

„*Die Vollendung des Verbrechens kann nun allerdings ausbleiben entweder, weil die vorgesetzte verbrecherische Thätigkeit zufällig unterbrochen wurde und nicht bis ans Ende geführt werden konnte oder weil trotz der unbehindert beendigten Thätigkeit der erwartete und vorausgesetzte Erfolg, von welchem die Vollendung bedingt wird, zufällig ausblieb.*“

Eine Prämisse aber, die heterogene Dinge zusammenfasst und gleich behandelt, kann ihrer Natur nach nur zu widersprechenden Consequenzen führen. Deshalb kann es uns nicht befremden, wenn Hälschner „Wille“ und „Absicht“ von vornherein als Synonyma behandelt.[5] Wer einen für alle Verbrechen gleichmässig anwendbaren Versuchsbegriff schaffen will, kann sich dieser Identificirung nicht entziehen. Denn bei den einen Delikten haben wir es mit einem Willen

---

[2] a. a. O. S. 171 § 45.

[3] a. a. O. S. 173.

[4] a. a. O. S. 199. 200 cf. auch S. 172 und S. 183 Anmkg. 1.

[5] a. a. O. § 45 S. 171 in Verbindung mit § 46 S. 173.

zu thun, der durch das Bewusstsein qualificirt ist, bei den anderen mit einem solchen, der einen jenseits der Handlung liegenden Erfolg oder Zweck anstrebt und dadurch zur Absicht übergeht. Deshalb können wir von einer absichtlichen Eidesleistung und einem absichtlichen Ehebruch nicht reden, während der Mord und der Raub ohne das Moment der Absicht undenkbar erscheint. Wenn daher Hälscher erklärt:[6]

> *ein versuchtes Verbrechen ist die That insofern in ihr die verbrecherische Absicht zufällig nicht zur vollständigen Verwirklichung gelangt ist,*

so ersehen wir daraus, dass er damit zunächst nur die s. g. materialen Verbrechen treffen will und den formalen Delikten nur in soweit Rechnung trägt, als er von einer „unvollständigen Verwirklichung der Absicht" spricht. Dadurch wird aber meines Erachtens die Sache nach beiden Richtungen hin eher verdunkelt als geklärt. Beim Morde liegt, wenn der Tod nicht eintritt, nicht eine theilweise Verwirklichung der Absicht vor, da der Erfolg seiner Natur nach nicht in aliquote Theile zerlegbar ist, während bei dem Meineide nicht die Absicht, sondern der Wille einen Theil der Strecke zurückgelegt hat, deren Endpunkt mit dem vollendeten Delikt zusammenfällt. Deshalb haben wir auch, wenn Hälschner hinzufügt:

> *„Das Wesentliche des Versuches ist es aber, dass dieser Erfolg (sc. die That) nicht an sich, sondern in seiner Beziehung auf die in ihm sich darstellende und über ihn hinausgehende Absicht des Handelnden in Betracht kommt"*

uns unter „Erfolg" bald den Theil, welcher zur Consummation fehlt, bald das ausserhalb der Handlung liegende Ereigniss, auf das es abgesehen war, zu denken, so dass zwischen Versuch und Vollendung dort nur ein quantitativer Unterschied besteht, während es sich hier um incommensurabele Grössen handelt. Auch dies wird von Hälschner selbst bekräftigt, indem er den Erfolg ebenso vereitelt sieht, wenn das successive Uebertreten des Willens bei den formalen Verbrechen ver-

---

[6] a. a. O. § 46.

hindert wie wenn die Wirkung, die durch die Handlung erzeugt werden soll, nicht erreicht wird.[7] Eben diese Duplicität der Begriffe, welche die „unvollständige Verwirklichung der Absicht" in sich birgt, steht einem folgerechten Vorgehen entgegen, und es bleibt deshalb unaufgeklärt, wie Hälschner zu den objektiven Requisiten des Versuches gelangt, die er aufstellt. Ohne jede nähere Motivirung erklärt er nämlich, dass die „unvollkommene Verwirklichung der Absicht" erheische:[8]

1. *„eine in ihrer allmählichen Entwickelung so weit fortgeschrittene und so gestaltete Thätigkeit, dass in ihr selbst trotz der mangelnden Vollendung der Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens sich in erkennbarer Weise darstellt;*
2. *eine vorsätzliche Thätigkeit, welche erfahrungsmässig mit dem beabsichtigten Erfolge in wirklichem ursächlichen Zusammenhang steht, im gegebenen Falle aber nicht zur Vollendung führt, weil ein vom Handelnden bei Gestaltung seines Vorsatzes gar nicht oder in irriger Weise in Anschlag gebrachtes Moment eine den vorgesetzten Causalnexus auflösende Wirksamkeit ausübt;*[9]
3. *ein Ereigniss, welches „die verbrecherische Absicht zufällig, vermöge äusserer vom Willen des Thäters unabhängiger Umstände nicht zur vollendeten Verwirklichung" gelangen lässt.*

Es will mir scheinen, dass die uns damit gegebenen Merkmale des Versuches weder in ihrer Vereinigung noch in ihrer Isolirtheit dessen Wesen aufzuklären vermögen.

Anlangend nämlich ihre Combination,[10] so ist hiergegen bemerkt worden, dass sie insofern einen Widerspruch ent-

---

[7] a. a. O. S. 200.

[8] a. a. O. S. 182. 183 und S. 199.

[9] Dieses Erforderniss ist bereits von Köstlin in seinem System aufgestellt worden cf. weiter unten sub II.

[10] Da das zu 3 gedachte Erforderniss (cf. § 49 a. a. O.) nur von Wichtigkeit ist, soweit der s. g. freiwillige Rücktritt in Frage kommt, halte ich mich im Folgenden nur an die sub 1 u. 2 erwähnten Merkmale.

halten, als bei der Annahme eines unmöglichen Causalnexus das volle Wesen der Absicht erkennbar und umgekehrt trotz richtiger Vorstellung des Verhältnisses von Ursache und Wirkung nicht erkennbar sein könne.[11] Wenn ich auch glaube, dass sich dieser Einwand richtiger gegen die Prämisse, als gegen die aus ihr gezogenen Schlussfolgerungen gewandt haben würde, so ist er doch darum nicht minder erheblich. Denn er weist ganz zutreffend darauf hin, dass wir, wollten wir trotzdem das eine oder andere Merkmal nicht aufgeben, dadurch in die Lage kämen, das Versuchsgebiet, wie es in der italienischen Doktrin zu weit bemessen war, nunmehr in zu enge Grenzen zu verweisen. Unschwer werden sich nämlich Fälle construiren lassen, in denen Theorie und Praxis in der Annahme eines strafbaren Versuches übereinstimmt, ohne dass sich in ihm die Bedingungen zusammenfinden, durch die ihn Hälschner charakterisirt.

Fingiren wir, es habe ein Apotheker, die günstige Gelegenheit benutzend, die Zahl der ärztlich einem Patienten verordneten Gramme Gift vermehrt, damit das Medikament anstatt der Heilung den Tod herbeiführe. Der Causalzusammenhang wäre vorhanden, aber aus der Handlungsweise würde nicht hervorleuchten, ob sie der Culpa oder dem Dolus ihre Entstehung verdankt. Umgekehrt wäre die Möglichkeit der Bildung des Causalnexus ausgeschlossen, wenn Jemand seinen Degen durch eine Tapetenwand stösst, hinter der er irrthümlich seinen Feind vermuthet, und dennoch lässt sich eine Situation denken, die zur Darstellung der verbrecherischen Absicht vollkommen ausreichend erschiene.

Dazu kommt, dass wir meines Erachtens nicht berechtigt sind, bei allen Delikten von einem Causalzusammenhang zu sprechen, vielmehr glaube ich, dass wir damit diesen Begriff ebenso übertreiben wie den des Versuches. Denn wenn ich auch nicht verkenne, dass eine Handlung das Produkt von in Bewegung gesetzten Kräften ist, so meine ich doch, dass die Vorgänge, welche sich im Innern des

---

[11] v. Buri: Abhandlungen S. 69—75. van Swinderen a. a. O. S. 39—43.

Menschen vollziehen, bevor der Wille in die Aussenwelt tritt, das Criminalrecht nicht interessiren. Es mag der Physiologe auseinandersetzen, wie das Gehirn die Nerven und diese wiederum die Muskeln in Bewegung setzen, um eine menschliche Thätigkeit in der Aussenwelt zur Erscheinung zu bringen, der Jurist hat es nur mit dem verkörperten Willen zu thun. Ist dies aber der Fall, so kann für uns nur die Causalität eine Bedeutung haben, welche eine Handlung hervorruft, nicht die, welcher sie ihre Entstehung verdankt. Man könnte vielleicht hiergegen einwenden, dass die That das Produkt der Handlung sei: alsdann müsste man aber die Causalität als das Verhältniss von Werden zu Sein definiren, während man es doch allgemein als das von Ursache zu Wirkung auffasst. Eben darin zeigt sich zugleich, dass wir zu Unrecht die That als das Ergebniss der Handlung ansehen,[12] vielmehr bezeichnen beide Ausdrücke dieselbe Sache und nur der Standpunkt, von dem aus sie betrachtet wird, ist ein verschiedener, indem wir uns bald den Willen im Zustand der Bewegung bald in dem der Ruhe denken. Der Meineid ist nicht die Wirkung der wissentlich falschen Eidesleistung, sondern er fällt mit ihr zusammen, sobald wir den Schwurakt als beendigt fingiren. Ebenso wenig kann ich in der Beischlafsvollziehung die Ursache des Beischlafes sehen, vielmehr will es mir scheinen, dass wir es auch hier mit Synonymen zu thun haben, die sich nur insofern nicht vollständig decken, als sie denselben Akt von verschiedenen Gesichtspunkten aus bezeichnen. Darum vermag ich weder einen causalen und einen nicht causalen Meineidigen noch einen causalen und nicht causalen Ehebrecher anzuerkennen.

Wollten wir deshalb das eine oder andere Merkmal ausscheiden, so wäre der Erfolg unvermeidlich, dass wir den Begriff weiter fassen, als dies in der Intention seines Schöpfers gelegen hat. Wir wären daher nicht berechtigt, die Glieder in ihrer Isolirtheit zu betrachten, würde uns nicht Hälschner

---

[12] Berner: Lehrbuch § 90 S. 155. Krug a. a. S. 3. Köstlin: System § 79 S. 210. 211. Hälschner a. a. O. § 44 S. 171.

selbst mit diesem Beispiel vorangegangen sein und darin Nachahmung von seinen Anhängern gefunden haben. Denn wenn er den Schuss auf eine Puppe nicht als Mordversuch, den auf einen Leichnam aber als solchen behandelt sehen will,[13] so kann er wohl nur von dem Gedanken geleitet gewesen sein, dass in dem einen Fall das Wesen der verbrecherischen Absicht sich weniger erkennbar darstellt, als in dem anderen; jedenfalls ist zwischen ihnen rücksichtlich des Causalzusammenhanges kein Unterschied, man mag die Wirklichkeit oder die Vorstellung des Thäters dabei als massgebend ansehen. Wenn er dagegen den Thäter, welcher eine absolut unschädliche Substanz anwendet, weil er sie für Gift hält, anders behandelt wissen will, als den, welchem ein Irrthum anstatt Arsenik Natron in die Hände spielt,[14] so legt er wieder alles Gewicht darauf, ob der Causalzusammenhang, wie er in der Vorstellung existirte, geeignet war, den Erfolg hervorzurufen oder nicht, und ignorirt damit das Erforderniss der Erkennbarkeit der Absicht.[15]

Deshalb ist auch die Lehre von Hälschner in einer doppelten Form von der Wissenschaft recipirt worden. Bald finden wir die Ansicht ausgesprochen, dass der Versuch, um strafrechtlich in Betracht zu kommen, das volle Wesen der Absicht reflektiren müsse,[16] bald begegnen wir wieder der Behauptung, dass der Versuch eine Handlung erfordere, welche in Wirklichkeit oder unter der Voraussetzung, dass sie der Vorstellung des Thäters entsprochen hätte, geeignet gewesen wäre, einen Causalzusammenhang zwischen Absicht und Erfolg zu bilden.[17] Dabei glaube ich annehmen zu

---

[13] a. a. O. S. 192. 188.

[14] a. a. O. S. 186—190.

[15] Ausser von v. Buri und van Swinderen haben bereits auf die qu. Widersprüche hingewiesen Rubo: Gerichtssaal pro 1865 S. 27. 28. Chop: S. 63. 64 in der Note.

[16] v. Buri: Goltdammers Arch. pro 1877 S. 307. van Swinderen a. a. O. S. 39. Geyer: Gerichtssaal pro 1866 S. 52 (wenn auch nur aus criminalpolitischen Gründen sich Hälschner anschliessend). Häberlin: in seiner sub 17a erwähnten Abhandlung.

[17a] Häberlin: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, Ge-

müssen, dass mit jener Charakteristik alle Verbrechen gleichmässig, mit dieser nur diejenigen, deren Thatbestand eine bestimmte Wirkung erheischt, getroffen werden sollten. Denn während bei jenem Erforderniss die Frage nach der Beschaffenheit der Mittel im engeren Sinn nicht interessirt, ist sie bei diesem von grösster Bedeutung. Ich wüsste eben nicht, welche Rolle Gift, Dolch, Feuer, Pulver und Blei spielen sollten, wenn dabei an Verbrechen wie Aufreizung zum Hochverrath, Fälschung eines Wahlergebnisses, Widerstand gegen die Staatsgewalt, Hausfriedensbruch, Meineid, wissentlich falsche Denunciation, Veränderung des Personenstandes, Verletzung der Sittlichkeit, Bigamie, Beleidigung u. s. w. zu denken wäre.

Ergiebt nun die Untersuchung, dass sich weder das eine Requisit im Allgemeinen noch das andere bei den Verbrechen, deren Consummation vom Eintritt eines Erfolges abhängt, aufrecht erhalten lässt, so wäre damit die Unhaltbarkeit der Theorie nachgewiesen, welche durch Vermeidung der Extreme des subjektiven und des objektiven Standpunktes die richtige Mitte zu treffen gesucht hat.

I. Die Erkennbarkeit der Absicht. — Indem Hälschner den formalen und materialen Delikten durch dieselbe Definition gerecht werden wollte, hat er den Versuch durch zwei einander widersprechende Merkmale charakterisirt, wenn er verlangt, dass sich in ihm der Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens in erkennbarer Weise darstellen soll. Stellt sich der Thatbestand trotz der mangelnden Vollendung erkennbar dar, so ist dies kaum anders denkbar, als dass das Geschehene einen Theil des Ganzen bildet. Dafür spricht überdies nicht blos das von Hälschner der Illustration wegen angeführte Gleichniss, wonach der Versuch zur Vollendung etwa in demselben Verhältniss stehen soll, wie die Theile eines Kunstwerkes zum fertigen Produkt,[18]

richtssaal pro 1864 S. 218 fg. [17b] Derselbe: Ueber den Irrthum im Strafrecht, Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865 S. 20 fg. Walther a. a. O. S. 27 fg.

[18] a. a. O. S. 190.

sondern auch noch der Umstand, dass er in den Worten „Anfang der Ausführung“, womit das preussische Gesetz den strafbaren Versuch kennzeichnet, nichts findet, was dessen begrifflichem Wesen widerspräche.[19] Legen wir dagegen auf die Worte „beabsichtigtes Verbrechen“ den Nachdruck, so könnte der Versuch nur auf das Delikt hinweisen, welches zur Entstehung gebracht werden soll, und sein Thatbestand müsste da aufhören, wo der des intendirten Verbrechens beginnt. Handelte es sich beispielsweise um einen Meineid, so würde in dem einen Falle Versuch und Anfang zusammenfallen, während wir, wenn wir uns damit begnügen, dass das Geschehene den Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens erkenntlich machen sollte, dazu gelangen würden, schon den zu bestrafen, welche sich zur Eidesleistung bereit erklärt, da damit seine Absicht, das Verbrechen des Meineides zu begehen, sich deutlich genug objektivirt haben würde. Wollten wir daher die Hälschner'sche Lehre auf die formalen Verbrechen anwenden, so kämen wir in das Dilemma, entweder der Verwechslung von Anfang und Versuch zu verfallen, oder gegen den Grundsatz: nullum crimen sine lege poenali zu verstossen. Die Erklärung zur Eidesleistung bereit zu sein, hat eben nicht die Merkmale, von deren Vorhandensein das Gesetz den Thatbestand des Meineides abhängig gemacht hat.[20]

Der Combination von zwei einander widersprechenden Elementen haben wir wohl auch noch den ferneren Uebelstand zuzuschreiben, dass wir den Begriff des Verbrechens ganz ebenso wie den der Absicht und des Erfolges zwiespältig aufzufassen haben. Wenigstens ersehe ich aus den von Hälschner gewählten Beispielen, dass wir darunter bald die That, welche das Verbrechen in sich schliesst, bald die, die zu ihm führen soll, verstehen müssen. Beim Morde

[19] a. a. O. S. 196.

[20] Hälschner gegenüber kann ich mich jeder Ausführung enthalten, dass hierin kein Versuch des Meineides liegt; der Verwechslung von voluntas sceleris und conatus delinquendi will er, wenn ich ihn recht verstehe, selbst entgegentreten. cf. S. 184. 190.

und bei der Brandstiftung wird das Verbrechen als synonym mit derjenigen That behandelt, welche, je nachdem der Erfolg eintritt oder nicht, den Versuch oder die Consummation ausmacht,[21] beim Diebstahl ist es gleichbedeutend mit der, durch welche die Apprehension einer beweglichen Sache vermittelt werden soll.[22]

Dürfte schon danach das in Rede stehende Erforderniss des Versuches als kaum haltbar erscheinen, so schwindet jeder etwa noch mögliche Zweifel, wenn wir dem Sinn des von Hälschner gelehrten Grundsatzes und den daraus resultirenden Consequenzen näher treten. Meiner Ansicht nach ist derselbe einer doppelten Auslegung fähig. Er kann entweder bedeuten, dass wir nur die Situation, in der der Thäter handelnd auftrat, zu vergegenwärtigen haben, so dass wir aus ihr selbst die verbrecherische Absicht entnehmen müssten oder aber eine Rückkehr zu der bereits beleuchteten Lehre des dolus ex re enthalten. In diesem Sinn ist er von Seeger,[23] in jenem von Häberlin aufgefasst worden.[24] Ich halte die letztere Ansicht für die richtigere. Für sie spricht nicht blos der Umstand, dass wir es mit einer Theorie zu thun haben, die nicht darauf ausgeht, den Umfang des Versuchsgebietes durch prozessualische Grundsätze einzuschränken, vielmehr von Grund aus Hilfe zu schaffen trachtet, sondern auch der, dass sie darauf, ob die verbrecherische Absicht durch die Beweisaufnahme unter Ausschluss des Geständnisses des Angeschuldigten constatirt werden könne, nicht das entscheidende Gewicht legt.[25] Deshalb möchte ich Köstlin und Hälschner als Antipoden bezeichnen; jener verlegt den Schwerpunkt in die Subjektivität, dieser in die Objektivität. Wenn daher Chop beide auf demselben Standpunkt glaubt, so hat er sich durch

---

[21] a. a. O. S. 184. 187. 188.

[22] a. a. O. S. 192. 196. 197 Bd. II S. 428. 429.

[23] Seeger a. a. O. Goltdammers Arch. pro 1870 S. 239.

[24] Häberlin a. a. O. S. 220 (Gerichtssaal pro 1864).

[25] a. a. O. S. 196. 197.

eine Redewendung, deren sich Köstlin bedient, irreleiten lassen.[26] Denn wenn auch der letztere davon spricht, dass sich in der That das volle Wesen der Absicht reflektiren müsse,[27] so ist er doch soweit entfernt, darunter etwas anderes zu verstehen, als dass in ihr die verbrecherische Intention sich manifestiren solle, dass er es als „eine irrige, naturwidrige Marotte“ bezeichnet, wenn Bauer verlangt, dass die Subjektivität aus der Objektivität an sich erhellen müsse.[28] Vielmehr glaube ich, wie ich gegen Köstlin geltend gemacht habe, dass er das Thatmoment über dem Willensmoment verkümmere, gegen Hälschner einwenden zu müssen, dass er umgekehrt die Willensseite durch die Thatseite verkürze. Denn wenn ich auch nicht in Abrede stellen will, dass wir vielfach aus der Sachlage einen zutreffenden Schluss auf die Absicht des Handelnden zu machen in der Lage sein werden, so haben wir es doch dabei mit Zufälligkeiten des einzelnen Falles zu thun, der uns zu Abstraktionen nicht berechtigt. Müssen wir im Allgemeinen zugestehen, dass wir es einer Veränderung in der Aussenwelt, die an sich den objektiven Thatbestand eines Verbrechens zu bilden geeignet wäre, nicht anmerken können, ob sie durch dolus, culpa oder casus hervorgerufen ist, so scheint mir eine Handlung, die minder kenntliche Eindrücke in der Objektivität zurücklässt, noch weit weniger geeignet, uns Klarheit über die inneren Vorgänge zu schaffen. So wenig uns die Explosion eines Dampfkessels sagt, ob die Zerstörung der Fabrik beabsichtigt war, ganz ebenso wenig vermögen wir daraus, dass der Kesselwärter den Atmosphärendruck einer Maschine überspannt, zu entnehmen, ob er dies gethan, um die Rotationsgeschwindigkeit zu erhöhen, oder, da eine hohe Expansivkraft des Dampfes zu ihrer Erhaltung weniger Heizmaterial erfordert als eine niedrige, um Kohlen zu sparen, oder um Gebäude und Menschen zu vernichten.

---

[26] Chop a. a. O. S. 23. S. 64 Note 23.
[27] Köstlin: System § 84 S. 231.
[28] a. a. O. S. 233 Note 7.

Hälschner giebt dies selbst indirekt zu. Soll derjenige, der anstatt eines geladenen Gewehres irrthümlich ein ähnlich gestaltetes Stück Holz ergreift, nicht straffrei ausgehen,[29] so kann dieses Verlangen nicht anders vertheidigt werden, als dadurch, dass von der Erkennbarkeit der Absicht in dem in Rede stehenden Sinne abstrahirt wird. Dazu kommt aber auch noch, dass an den Richter ein das menschliche Vermögen übersteigendes Verlangen gestellt wird, wenn ihm die Beweisaufnahme nur das Material sein soll, die Situation sich zu vergegenwärtigen, in der der Verbrecher handelte. Hat sich ergeben, dass der Schuss auf eine Puppe einem Menschenleben gegolten habe,[30] so wird seine Phantasie vergeblich einen Umstand in Wegfall zu bringen sich bemühen, den die Erkenntniss der Sachlage als vorhanden anzunehmen gebietet. Endlich dürfte es auch nicht principiell gerechtfertigt sein, den Versuch gegenüber dem vollendeten Verbrechen in der Weise zu privilegiren, dass man den dolus dort nach anderen Grundsätzen behandelt als hier. Hätte ein Weichensteller die Weiche ungestellt gelassen, damit eine Lokomotive, deren Ankunft signalisirt ist, aus dem Geleise gerathe, so würde er, wenn der Erfolg nicht eintrat, straffrei sein, weil man der Unterlassung ihrer Natur nach nicht die verbrecherische Absicht anmerken kann, nach eingetretenem Unglück stände aber kein Hinderniss entgegen, seinen dolus aus allen möglichen Umständen zu entnehmen, welche irgend wie geeignet sind, die Schuldfrage festzustellen.

Die Consequenzen dieser Theorie müssen aber da am klarsten zu Tage treten, wo der Thatbestand eines Verbrechens sich aus zwei Handlungen zusammensetzt, die zu einander im Verhältniss von Mittel zu Zweck stehen. Denn da hier die Verbindung eine rein innerliche ist, so würde man nur unter ganz exceptionellen Umständen dazu kommen, den zu bestrafen, der die eine Handlung vornimmt,

---

[29] a. a. O. S. 187 i. f.

[30] cf. das S. 192 von Hälschner gebrauchte Beispiel.

um zu der anderen überzugehen. In der That lehrt auch Hälschner, dass man im Einbrechen und im Einsteigen auch bei erwiesener Absicht, zu stehlen, nicht ohne Weiteres einen Versuch des Diebstahls finden dürfe, weil sich darin der Zweck des Thäters regelmässig nicht reflektire, und er hält es für durchaus verwerflich, dass die preussische Praxis abweichende Grundsätze befolgt.[31] Abgesehen von der Rechtsunsicherheit, welche diese Theorie erzeugen würde, wenn die Judikatur sich ihr anschliessen wollte, erscheint sie mir auch in sich unhaltbar. Daraus, dass ein Weg zu verschiedenen Zielen führen kann, folgt nur, dass es sich um eine quaestio facti handelt, ob der, der auf ihm betroffen wird, ihn in dieser oder jener Absicht betreten, nicht aber dass die abstrakte Möglichkeit die conkrete Wirklichkeit in einem anderen Lichte darzustellen vermöge. Daraus, dass Jemand eine Frauensperson berauschen kann, um sich an einem widerlichen Schauspiel zu ergötzen, folgt nicht der Schluss, dass auch der sich nicht zu verantworten braucht, der dasselbe gethan, um sie im bewusstlosen Zustande zu entehren. Wir brauchen nur das Gesetz ein wenig anders zu formuliren, und die Unzulässigkeit der Hälschner'schen Lehre springt von selbst in die Augen. Nehmen wir an, dass das Einsteigen und Einbrechen, um zu stehlen, zu selbständigen Delikten erhoben wären, so würde ohne Weiteres einleuchten, dass derjenige, der sich dieser Handlungsweise schuldig gemacht hat, vergeblich einen Anspruch auf Straflosigkeit aus dem Grunde für sich herzuleiten vermöchte, weil ein Dritter den gleichen ungewöhnlichen Weg nehmen und dennoch andere, gleichviel ob erlaubte oder unerlaubte Ziele, verfolgen könnte.

Wären wir aber auch einmal in der glücklichen Lage, einen Verbrecher zu fassen, dessen Willensintention aus der Mittelshandlung in voller Klarheit erhellte, ihn zu bestrafen hätten wir doch darum noch immer kein Recht. Ist der der Zweckhandlung voraufgehende Akt nur ein Indi-

---

[31] a. a. O. S. 196. 197.

cium für den weitergehenden dolus, so hat er damit aufgehört, eine materielle Bedeutung zu haben, und die Sache käme mithin dahin zu stehen: Das, was geschehen ist, wäre nicht strafbar, und das, was strafbar ist, wäre noch nicht geschehen.

Damit würden wir zugleich Häberlin für widerlegt erachten, würde derselbe sich wesentlich innerhalb des von Hälschner angeregten Ideenkreises bewegt haben. Indem er sich aber der Hoffnung hingab, vielleicht durch Aufstellung neuer Gesichtspunkte die noch immer ungläubigen Gegner, namentlich Mittermaier, Zachariae, Berner und Geyer zu bekehren,[32] hat er eine Mannigfaltigkeit der Gedanken entwickelt, von der ich meinen möchte, dass sie seiner Sache eher zu schaden als zu nützen geeignet ist. Er variirt nämlich in seiner Grundanschauung über das Wesen des Versuches so sehr, dass es den Anschein gewinnt, als hätte er auch den Reizen der von ihm bekämpften Theorieen nicht ganz widerstehen können. Schon seine Definition:

> „*Versuch eines Verbrechens ist eine in der Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, unternommene äussere Handlung, welche bereits als Anfang der Ausführung desselben erscheint, bei welcher aber entweder die Beendigung oder der zum Thatbestand erforderliche Erfolg durch einen ausser dem Willen des Thäters liegenden Zufall verhindert worden ist.*“

ist voll von Widersprüchen. Sie enthält, wie ein flüchtiger Blick auf sie zeigt, eine Verbindung des subjektiven und objektiven Standpunktes, aber die widerstrebenden Elemente sind mechanisch zusammengeschweisst und nicht harmonisch vereinigt.

Die Handlung, durch welche ein Verbrechen begangen werden soll, kann kein Bestandtheil des Verbrechens sein, und diejenige, welche einen Anfang des Verbrechens dar-

---

[32] Häberlin: Gerichtssaal pro 1864 S. 218. 219.

[33] a. a. O. S. 219.

stellt, kann wieder nicht mit der zusammenfallen, die erst zu ihm führen soll. Halten wir uns an den einen Theil der Definition, so würde das Anschaffen von Stempeln in der Absicht, das Münzverbrechen zu begehen, einen Versuch desselben bilden, halten wir uns an den anderen, so würde erst die begonnene Nachbildung einen solchen involviren. Legen wir endlich auf den Schlusspassus Gewicht, so wäre bei den Delikten, die zu ihrem Thatbestand einen Erfolg erfordern, weder das subjektive noch das objektive Moment haltbar. Derjenige, welcher einen Pechkranz auf ein mit Stroh bedecktes Gebäude so ungeschickt wirft, dass er im Sande verlöschend zu Boden fällt, hat zu viel gethan, als dass man von ihm sagen könnte, er habe eine Handlung vorgenommen, in der Absicht, das Verbrechen der Brandstiftung, mithin noch eine anderweitige Handlung zu begehen, und zu wenig, als dass sich behaupten liesse, er habe damit bereits den Anfang gemacht, ganz abgesehen davon, ob diese Ausdrucksweise überhaupt hier anwendbar wäre.

Würde es schon danach Häberlin mit der Sentenz gehalten haben: Wer Vieles bringt, wird Manchem etwas bringen, so tritt sein, wenn freilich auch unbewusstes Streben, Allen gerecht zu werden, noch mehr dadurch zu Tage, dass er neben der Definition, deren wir soeben Erwähnung gethan haben, noch über zwei andere verfügt, von denen er die eine unserm Deutschen Vaterlande,[34] die andere dem Kaiserthum Oesterreich[35] zur Aufnahme in das Gesetzbuch vorgeschlagen hat. Mit jener bricht er mit der subjektiven und mit der objektiven Theorie, indem er, wenigstens dem Sinne nach die Hälschner'sche Anschauungsweise adoptirend, von der Versuchshandlung verlangt, dass sich in ihr die Absicht des Thäters erkennbar darstellen müsse, mit dieser

---

[34] Häberlin: Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Gerichtssaal pro 1872 S. 255. 256.

[35] Derselbe: Bemerkungen zu dem österr. Entw. eines Strafges. Gerichtssaal pro 1875 S. 621.

sagt er sich wieder von der Lehre Hälschners los, indem er als lex ferenda proponirt:

„*Handlungen, durch welche Jemand ein von ihm beschlossenes Verbrechen oder Vergehen unmittelbar auszuführen beabsichtigt, sind als Versuch zu bestrafen, wenn dasselbe nicht vollendet ist und das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt,*“

ohne zu erwägen, dass danach das vollendete Verbrechen vorliegen könnte, ohne dass das Gebiet des Versuches auch nur betreten wäre.[36] Derjenige, welcher eine Flasche mit Medizin entfernt und an ihre Stelle eine solche mit Gift hinstellt, damit der arglose Krankenwärter dem Patienten ihren Inhalt darreiche, hat sicher keine Handlung begangen, aus der unmittelbar der Tod eines Menschen resultiren kann. Er hätte sich mithin nach der Definition keines Versuches schuldig gemacht, und dennoch würde kein Bedenken obwalten, ihn wegen Mordes anzuklagen, wenn der Erfolg seiner Absicht entspricht.

Schon aus dieser Verschiedenheit der Definitionen wären wir zu schliessen berechtigt, dass Häberlin bald einen Gedanken ausspricht, der den einen, bald einen solchen, der den andern Standpunkt verräth. In der That schwankt er auch zwischen allen Theorieen dergestalt hin und her, dass er die einander widersprechendsten Behauptungen aufstellt.

Bald genügt zum Begriff des Versuches die Manifestation des Willens durch die That,[37] bald wird wieder das strikte Gegentheil versichert,[38] bald wird das objektive Moment damit abgefunden, dass die nuda cogitatio für straffrei er-

---

[36] Dass dagegen unter die Definition auch der Versuch mit abergläubischen Mitteln fiele, erkennt H. selbst an, er proponirt daher, seine Straflosigkeit ausdrücklich anzuordnen S. 623. — Der Erfolg, den ein Gesetz in der vorgeschlagenen Formulirung anrichten würde, wäre daher der: Was nicht gestraft werden soll, wäre strafbar, und was gestraft werden soll, wäre nicht strafbar.

[37] a. a. O. Gerichtssaal pro 1872 S. 264.

[38] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 220.

klärt wird,[39] bald wird wieder anerkannt, dass es damit bei Weitem nicht ausreichend berücksichtigt sei,[40] bald werden die Worte „Anfang der Ausführung" als ominös,[41] bald wieder als geeignet bezeichnet, bei richtiger Interpretation über das Wesen des Versuchs Aufschluss zu geben,[42] bald wird eine That für straflos erklärt, weil sie objektiv ungefährlich sei,[43] bald wird wieder ausgeführt, dass lediglich die verbrecherische Absicht entscheidend ins Gewicht falle,[44] — der Widersprüche, auf die bereits Rubo,[45] v. Buri[46] und Geyer[47] aufmerksam gemacht haben, nicht zu gedenken.

Um aber nicht den Vorwurf auf uns zu laden, als würden wir den Zusammenhang zerreissen, wenn wir den einen Satz citiren und nicht zugleich auch den erwähnen, der möglicher Weise das Gegentheil ausspricht,[48] halten wir es für erforderlich, Häberlin in seinem Ideengange ein wenig eingehender zu verfolgen. Kehren wir also zu der zuerst gedachten, von ihm aufgestellten Definition zurück. In unmittelbarem Anschluss daran führt er fort:[49]

„*In dem Versuch tritt das subjektive und objective Moment sehr entschieden und bestimmt hervor; nur wenn beide Momente oder beide Seiten der That sich bereits bestimmt und unzweifelhaft ausgesprochen haben, kann überhaupt von einem verbrecherischen oder strafbaren Versuche die Rede sein; es muss also nicht blos der böse Wille, die Absicht, ein*

---

[39] a. a. O. Gerichtssaal pro 1872 S. 255. S. 264.

[40] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 220.

[41] a. a. O. Gerichtssaal pro 1875 S. 621 i. f.

[42] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 221.

[43] a. a. O. Gerichtssaal pro 1875 S. 623.

[44] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 233 und Beilageh. zum Gerichtssaal pro 1865 S. 22. 23.

[45] Rubo a. a. O. Gerichtssaal pro 1865 S. 20. 21.

[46] v. Buri a. a. O. Gerichtssaal pro 1867 S. 64. 65.

[47] Geyer a. a. O. Gerichtssaal pro 1866 S. 59. 60.

[48] cf. Häberlins Polemik contra Rubo im Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865 S. 24—29.

[49] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 219.

bestimmtes Verbrechen zu begehen, vorhanden sein, sondern er muss sich auch schon durch äussere, unzweideutige und unzweifelhafte Handlungen dokumentirt haben d. h. durch solche Handlungen, welche keinen Zweifel über die verbrecherische Absicht, oder bestimmter, über die Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen zulassen."

Wie wir auch immer diesen Passus drehen und wenden mögen, aus den Widersprüchen, die er enthält, kommen wir einmal nicht heraus. Wollen wir ihm den Sinn suppeditiren, dass sich in der Versuchshandlung die verbrecherische Absicht reflektiren müsse, so bliebe nicht blos unerwogen, dass die Definition auch nicht entfernt zu einer solchen Folgerung Veranlassung bietet, sondern es wäre auch damit nicht zu vereinigen, dass Häberlin erst im Weiteren dazu übergeht, die Beschaffenheit des Willens- und des Thatmomentes zu erörtern. Würden wir ihn wieder dahin interpretiren, dass weder die thatenlose Absicht noch die absichtslose That das Wesen des Versuches ausmache, so geriethen wir in das Dilemma, annehmen zu müssen, dass Häberlin da einen Schritt zurück thut, wo er vorwärts gehen will. Anstatt aus seiner Definition genauer zu entwickeln, wie der Versuch subjektiv und objektiv beschaffen sein müsse, würde er alsdann nur die Merkmale, die ihn nicht kennzeichnen, expliciren. Es bliebe auch weiter unerfindlich, weshalb er schon jetzt eine Charakteristik des Willens- und des Thatmoments giebt, wenn er, im Grunde genommen, nur den Gedanken hätte ausdrücken wollen, dass der Begriff des Verbrechens ohne den der Handlung undenkbar ist. Sehen wir endlich in der That die Verkörperung des Willens, so ist es, zu welcher Auslegung wir auch immer unsere Zuflucht nehmen mögen, schwer verständlich, warum sich die beiden Seiten der Handlung „bestimmt und unzweifelhaft aussprechen" müssen, wenn mit der einen Seite die andere von selbst gegeben erscheint.

Wir gelangen auch nicht zur grösseren Klarheit, wenn wir uns aus dem, was Häberlin bei einer anderen Gelegenheit über dasselbe Thema sagt, Raths erholen. Anknüpfend

an den Gedanken, dass der Versuch nicht ausschliesslich in das subjektive Gebiet verwiesen werden dürfe, fährt er fort:[50]

„*Wie im modernen Strafrecht überhaupt der subjektive und der objektive Gesichtspunkt als gleichberechtigt nebeneinander anerkannt sind, so muss solches auch geschehen in der Lehre vom und im Begriff des Versuches. Die objektive Seite liegt in der zum Begriff desselben erforderlichen Handlung oder äusseren Thätigkeit; der verbrecherische Wille an sich, der noch im Innern verschlossene verbrecherische Wille bildet noch nicht den Begriff des strafbaren Versuches, cogitationis poenam nemo patitur. sagt schon Ulpian in der L. 18. D. de poen. (48. 19), es ist zur Strafbarkeit, es ist zum Begriff des Versuches eine Manifestation des Willens durch die That, eine objektive Darlegung desselben in einer äusseren Handlung nöthig. Eine Handlung ist zwar auf der einen Seite etwas Subjektives, sie ist die durch den Willen des Subjektes hervorgerufene Thätigkeit desselben, auf der anderen Seite im Gegensatz zum Willen ist sie aber durchaus etwas Objektives; sie ist die äussere, objektive Manifestation des Willens, sie ist ein in der Aussenwelt existirendes Faktum gegenüber dem im Innern des Subjekts ruhenden Willen.*“

Danach ist also Häberlin der Ansicht, dass wir es dem germanischen Recht zu verdanken haben, wenn Jemand bei uns nur für das bestraft wird, was er gethan, nicht aber auch für das, was er nicht gethan hat.[51] Nichtsdestoweniger beruft er sich auf das römische Recht dafür, dass dasselbe ebenfalls die Eigenthümlichkeit gehabt hat, zu einem Verbrechen eine Handlung zu erfordern. Ist weiter das objektive

---

[50] a. a. O. Gerichtssaal pro 1872 S. 263. 264.

[51] Auch Chop a. a. O. S. 1 Note 1 erklärt es für eine im Rechtsbewusstsein des deutschen Volkes tiefwurzelnde Eigenthümlichkeit, dass es die Gedankenfreiheit anerkennt, als ob wir die Römer dafür verantwortlich machen könnten, dass sie ihr cogit. poen. n. pat. nicht in deutscher Sprache ausgedrückt haben.

Moment genügend gewahrt, wenn irgend eine That aus der verbrecherischen Absicht hervorgeht, so ist es schwer verständlich, weshalb sich Häberlin nicht der subjektiven Theorie zuwendet, anstatt ihr zu opponiren. Ist endlich die Handlung subjektiv und objektiv zugleich, so braucht man nur den Spiess umzukehren — und es wäre das Gegentheil von dem bewiesen, was bewiesen werden sollte.

Nunmehr geht Häberlin dazu über, das Willensmoment und das Thatmoment näher zu charakterisiren. Der ersteren Aufgabe glaubt er dadurch genügt zu haben, dass er die Gedanken für zollfrei erklärt.[52] Von selbst leuchtet aber ein, dass damit die Beschaffenheit des für den Versuch erforderlichen dolus auch nicht entfernt angedeutet, geschweige denn erschöpfend gekennzeichnet wird. Die objektive Seite behandelt Häberlin ausführlicher, er giebt über sie folgenden Aufschluss:[53]

„*Es genügt zur Annahme eines strafbaren Versuches nicht schon jede Manifestation der verbrecherischen Absicht durch Handlungen oder Worte, es sind dazu vielmehr solche Handlungen erforderlich, welche über die verbrecherische Absicht d. h. über die Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, keinen Zweifel mehr bestehen lassen. Die Handlung muss von der Beschaffenheit sein, dass daraus die bestimmte verbrecherische Absicht d. h. die Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, klar und unzweifelhaft erhellt; es muss daraus mit Bestimmtheit und unzweifelhaft ersehen werden können, welches Verbrechen der Thäter zu begehen beabsichtigte. Jeder Zweifel über die im Ernst vorhandene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen begehen zu wollen, wird aber erst ausgeschlossen, wenn die Handlung wenigstens schon unternommen oder wenigstens begonnen ist, die nach der Absicht des Thäters zur unmittelbaren Begehung oder Ausführung des Verbrechens dienen sollte. Bis es soweit gekommen,*

[52] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 219 i. f. u. S. 220.

[53] a. a. O. S. 220.

kann es immer noch zweifelhaft sein, ob Jemand eine verbrecherische Absicht oder wenigstens die Absicht hatte, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, und deshalb sind die Vorbereitungshandlungen in der Regel straflos; nur wenn darin eine bestimmte verbrecherische Absicht sich schon unzweifelhaft manifestirt, fallen auch Vorbereitungshandlungen unter Strafe wie z. B. beim Hochverrath, beim Falschmünzen."

Es will mir scheinen, dass hier auch nicht ein Satz mit logischer Nothwendigkeit aus dem andern hervorgeht, ganz abgesehen davon, dass der Zusammenhang mit der an die Spitze gestellten Definition auch nicht einmal äusserlich gewahrt worden ist. Daraus, dass nicht jede Manifestation eines verbrecherischen Willens geeignet ist, den Thatbestand des Versuches zu erfüllen, folgt nicht, dass die Handlung selbst darüber Aufschluss geben muss, welches Verbrechen von ihr hervorgebracht werden sollte. Auch Köstlin erachtet die Aeusserung, ein Delikt begehen zu wollen, nicht für ausreichend, einen verbrecherischen Versuch darzustellen; dass er aber deshalb in eine Inconsequenz verfalle, wenn er die Absicht in der That sich nicht reflektiren lässt, kann nicht behauptet werden. Soll aber einmal die Handlung von der Art sein, dass sich in ihr der dolus, eine bestimmte Rechtsverletzung hervorzurufen, wiederspiegele, so ist damit wieder noch nicht bewiesen, dass sie eben deshalb auch mit ihr im unmittelbaren Connex stehen müsse. Sollen wir aus dem Ankauf von Platten zum Zweck der Anfertigung von falschem Gelde schliessen dürfen, dass ein Münzverbrechen beabsichtigt sei, so ergiebt sich daraus von selbst, dass das verlangte Requisit der Unmittelbarkeit die Sicherheit des Schlusses von der Vergangenheit auf die Zukunft nicht zu beeinträchtigen vermag. Würde endlich Strafe nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich in dem Geschehenen die Absicht ein Verbrechen zu verüben, erkennbar darstellt, so stände damit wieder im Widerspruch, dass die exceptionelle Behandlung des hochverrätherischen Complottes für wohl begründet erklärt wird; denn dass sich in der Verab-

redung von mehreren Personen, den Landesfürsten zu ermorden, die verbrecherische Absicht deutlicher wiederspiegelt, als wenn der Anschlag dem Leben einer Privatperson gelten soll, will mir einmal nicht einleuchten.

Ich kann mich wohl der weiteren Sektion enthalten. Das bisher Mitgetheilte dürfte genügen, um einerseits in uns die Ueberzeugung hervorzurufen, dass wir auch durch Häberlin nicht aus dem Dunkel, das uns umgiebt, zum vollen Tageslicht geführt werden, und um uns andererseits vor dem Verdacht zu schützen, als ob wir die Glieder einer wohlgeordneten Kette gesprengt hätten, wenn wir die disjecta membra zu sammeln unterliessen. Wir haben uns somit mit Häberlin nur noch insoweit zu beschäftigen, als er als Anhänger der Hälschner'schen Theorie in Betracht kommt. Dabei kann nicht in Abrede gestellt werden, dass er deren wundeste Stelle richtig erkannt und demgemäss herausgefühlt hat, dass wir ihr ein gutes Stück unserer Rechtssicherheit opfern würden, wollten wir sie bei den zusammengesetzten Verbrechen zur Anwendung bringen. Aber das Heilmittel, das er vorschlägt, ist schlimmer als das Uebel. Er räth nämlich zu einer praesumtio doli der gefährlichsten Art. Je nachdem in der Kammer, in welche ein junger Mensch einzusteigen beabsichtigt, Wurst und Schinken hängen oder eine ländliche Schöne schlummert, sollen wir versuchten Diebstahl oder ein Liebesabenteuer annehmen.[54] Freilich lässt er dabei den Fall, in welchem ein Gelass soviel der verbotenen Früchte birgt, dass sich darin zu fleischlichen Genüssen der einen wie der anderen Art Gelegenheit bietet, unentschieden. Dagegen versichert er, dass seine Entscheidung ganz seinem Princip entspreche, wonach aus der Handlung die verbrecherische Absicht „unzweifelhaft" erkannt werden soll. In Wahrheit aber lässt er hier Hälschner vollständig im Stich und tritt ins feindliche Lager über. Denn die Lehre Zachariaes adoptirend,[55] will er den Be-

---

[54] a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 222.

[55] S. oben S. 77.

ginn der Mittelshandlung als Versuch des Verbrechens betrachtet wissen, und er verwechselt nur Rechts- und Beweisfrage, wenn er ausserdem verlangt, dass der Nachweis des Zweckes, welchen damit der Thäter verfolge, auch erbracht werden müsse.[56]

II. Der Irrthum im Causalzusammenhang. — Das zweite Erforderniss des Versuches, mit dem wir uns nunmehr zu beschäftigen und dessen Anwendbarkeit wir wenigstens auf die Verbrechen, deren Thatbestand von dem Eintritt eines Erfolges bedingt ist, zu prüfen haben, bildet den Kernpunkt der Theorie, die man heut als subjektiv-objektive zu bezeichnen pflegt. Es steht aber dasselbe mit keinem Systeme im Zusammenhange. Vielmehr hat bereits Schröter, um die schlimmsten Folgen des traditionellen Versuchsbegriffes zu vermeiden, und um wenigstens für die Straflosigkeit des Aberglaubens ein Seitenpförtchen zu eröffnen, die Behauptung aufgestellt:[57]

> „*Zur bösen That gehört, dass sie wenn auch nicht ihrer wirklichen, so doch wenigstens ihrer vermeintlichen Beschaffenheit nach geschickt sei, um den Naturgesetzen zufolge die beabsichtigte äussere Wirkung hervorzubringen.*"

Hieran hat Köstlin in seinem System angeknüpft. Indem er die Unklarheit, welche der Schröter'schen Ausdrucksweise vorgeworfen worden war,[58] verbesserte und der Sache ein juristisches Gewand umhüllte, erklärte er die Bestrafung des Versuches für ungerechtfertigt, sofern das in der Reflexion des Thäters gelegene Mittel der Fähigkeit ermangelt, einen Causalzusammenhang mit dem beabsichtigten Erfolg herbeizuführen.[59] Dass er damit mit seiner Grundanschauung über das Wesen des Versuches gebrochen hat, haben wir bereits an einer anderen Stelle gezeigt. Dennoch ist er damit der Begründer einer neuen Schule geworden; aber seine Nach-

---

[56] cf. a. a. O. Gerichtssaal pro 1872 S. 267.
[57] Schröter: Handbuch des peinlichen Rechts § 80.
[58] Pfotenhauer a. a. O. S. 18.
[59] Köstlin: System S. 228.

folger sind über das, was er gelehrt hat, nur wenig hinausgekommen. So wenig entwickelungsfähig zeigte sich der ausgesprochene Gedanke. Was Köstlin vom Mittel lehrte, wurde einfach auf die Versuchshandlung im Allgemeinen übertragen. Demgemäss ist der Standpunkt der subjektiv-objektiven Theorie dahin zu präcisiren: Zur Annahme eines strafbaren Versuches ist das Vorhandensein des vom Gesetz geschützten Rechtsgutes nicht erforderlich; es genügt, wenn der Thäter dessen Vorhandensein supponirt. Der Versuch mit abergläubischen Mitteln ist straflos. Im Uebrigen kommt es darauf an, ob Jemand ein absolut untaugliches Mittel für zweckdienlich hält oder ob er von ihm in Folge einer Verwechslung mit einem tauglichen Mittel Gebrauch macht. Im ersten Fall ist er entschuldigt, im letzten ist er zur Rechenschaft zu ziehen.[60]

Die subjektiv-objektive Theorie nimmt daher in der Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln eine Compromissstellung ein; mit der objektiven Theorie stimmt sie darin überein, dass sie die irrige Vorstellung von der Eigenschaft eines Mittels, das der Thäter zu Unrecht für tauglich hält, nicht für geeignet erachtet, einen strafbaren Versuch zu begründen, der subjektiven Theorie dagegen schliesst sie sich an, soweit die Verwechslung eines untauglichen Mittels mit einem tauglichen in Frage kommt. Sie lehrt also, um die Sache durch ein Beispiel zu veranschaulichen: Will Jemand einen Mord mit Natron zu Wege bringen, weil er darin eine giftige Substanz sieht, so ist der objektive Standpunkt gerechtfertigt. Vergreift er sich dagegen im Mittel und schüttet er Natron in ein Gefäss, weil er glaubt, Arsenik in Händen zu haben, so ist der subjektive Standpunkt der zutreffende. Sie hat sich daher nach zwei Seiten hin vor Angriffen zu schützen; der subjektiven Theorie hat sie darüber Rechenschaft zu geben, weshalb

[60] Hälschner a. a. O. S. 184—194. Walther a. a. O. S. 35 fg. Häberlin a. a. O. Gerichtssaal pro 1864 S. 223 fg. Derselbe a. a. O. Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865. S. 30—36.

sie derselben Art des Irrthums verschiedene Wirkung beimisst, insofern sie den Irrthum (ignorantia) in einer Eigenschaft des Mittels anders beurtheilt als den in einer Eigenschaft des Objekts, der objektiven Theorie darüber, weshalb sie bei der einen Species des Irrthums (ignorantia) das zugiebt, was sie bei der anderen (error im engeren Sinn) wieder leugnet.

Dieser Aufgabe hat sie sich aber nirgends unterzogen. Sie hat nämlich nicht blos verkannt, dass der von ihr gelehrte Grundsatz mit ihrer Auffassung über das Wesen des Versuches gar nicht im Connex steht, sondern auch übersehen, dass sie mit einem doppelten Begriff operirt, mit einem solchen, der die abstrakte Fähigkeit der Handlung voraussetzt, den Erfolg herbeizuführen und einem solchen, der dieser Fähigkeit ermangelt.

Hälschner nämlich, von dem wir bereits gesehen haben, dass er das Erforderniss des Versuches, mit dem wir uns hier zu beschäftigen haben, aus der „unvollständigen Verwirklichung der Absicht" abzuleiten nicht vermocht hat, unterscheidet den Fall, in welchem die Möglichkeit der Bildung eines Causalzusammenhanges von Hause aus ausgeschlossen ist, von dem, in welchem das Verhältniss von Ursache zu Wirkung in concreto durch ein von Handelnden nicht in Anschlag gebrachtes Moment zerrissen wird.[61]

Damit scheint mir Walther übereinzustimmen, wenn er erklärt: „Tauglich kann die Versuchshandlung im Allgemeinen nur insofern genannt werden, als sie ohne das entgegenwirkende Hinderniss den beabsichtigten Erfolg herbeigeführt haben würde."[62] Er kann mithin unter einer untauglichen wohl nur eine solche verstehen, welche die Entstehung eines Causalzusammenhanges auch dann ausschliessen müsste, wenn sich die Vorgänge in der Aussenwelt dem Vorsatz des Thäters gemäss vollständig abgespielt haben würden.

---

[61] Hälschner a. a. O. S. 183.
[62] Walther a. a. O. S. 35.

Auf dasselbe will wohl auch Häberlin hinaus, wenngleich er auch hier wieder eine grosse Mannigfaltigkeit der Ansichten entwickelt. Indem er in seine Definition den Sinn hineinlegt, dass die Versuchshandlung in abstracto geeignet sein muss, den Erfolg zu bewirken, stellt er ihr, um die Straflosigkeit desjenigen, der zu sympathetischen oder abergläubischen Mitteln greift, zu rechtfertigen, eine Handlung von der Beschaffenheit gegenüber, dass sie absolut ungeeignet erscheint, den beabsichtigten Causalnexus zur Entstehung zu bringen.[63]

Wir haben also überall zwei Arten des Versuches, einen tauglichen und einen untauglichen. Nach der Vorstellung des Thäters soll ihr Inhalt nicht bestimmt werden, in seinen Augen haben ja Zucker und Arsenik, Gebet und Dolch dieselbe Bedeutung, und eben deshalb betrachtet die subjektiv-objektive Theorie seinen Standpunkt nicht als den massgebenden. Objektiv kann aber ihr Unterschied nur darin liegen, dass bei der einen Kategorie die Möglichkeit der Bildung eines Causalzusammenhanges zwischen seiner Handlung und dem beabsichtigten Erfolg absolut ausgeschlossen, bei der anderen dagegen gegeben erscheint. Jenes ist der Fall, wenn das Mittel unter keinen Umständen die Fähigkeit besitzt, die von ihm erwartete Wirkung zu produciren oder wenn der Gegenstand der Rechtsverletzung nicht existirt, dieses wenn weder das eine noch das andere Hinderniss in concreto vorliegt. Ich muss es daher als einen Irrthum der subjektiv-objektiven Theorie bezeichnen, wenn sie erklärt, dass die Tauglichkeit des Mittels und des Objektes die Vollendung des Verbrechens mit Nothwendigkeit herbeiführe.[64] Nothwendigkeit und Möglichkeit, Tauglich-

---

[63] Häberlin a. a. O. (Gerichtssaal pro 1864) S. 234. 235. 239.

[64] Hälschner a. a. O. S. 186. Walther a. a. O. S. 34 S. 60. Häberlin a. a. O. S. 235. Er geht sogar S. 233 soweit zu behaupten, dass, wenn das Gewehr geladen gewesen wäre, auch der Thäter seine Absicht erreicht haben würde. Köstlin ist auch hier mit dem dieser Anschauung zu Grunde liegenden Irrthum bahnbrechend gewesen cf. System S. 224.

keit und Wirksamkeit scheinen mir dabei gleichmässig verwechselt. Verordnet ein Arzt zur Beseitigung von Magensäure Magnesia, so wird er dabei von der Erfahrung geleitet, dass damit in der Regel das Uebel, worüber der Patient klagt, gehoben werden kann; ob sich aber das Mittel im gegebenen Fall bewähren wird, entzieht sich seiner Voraussicht. Nicht anders verhält es sich mit dem Mittel, das in einem verbrecherischen Versuch figurirt. Dass mit einem geladenen Gewehr ein Mensch getödtet werden kann, ist dem Verbrecher wohl bekannt, ob aber auch die Wirkung in concreto eintreten wird, vermag er nicht vorherzusagen. Nur die Möglichkeit, nicht die Nothwendigkeit des Erfolges ist daher dort wie hier vorhanden.

Aehnlich verhält es sich mit dem Objekt, wenngleich der Unterschied zwischen Tauglichkeit und Untauglichkeit sich nicht auf dasselbe übertragen lässt; es war ein Fehler der objektiven Theorie, dass sie ihn lehrte. Der Cadaver ist kein absolut untauglicher Gegenstand zur Tödtung, sondern er hat aufgehört, ein von der Rechtsordnung umfasster Gegenstand zu sein.[65] Der Arsenikesser und der Panzerträger, um bei den in der Versuchslehre am häufigsten wiederkehrenden Beispielen zu bleiben, sind freilich gegen eine bestimmte Art der Tödtung gesichert, damit hat aber weder der eine noch der andere den Charakter eingebüsst, eine species des vom Gesetz geschützten genus zu bilden. Wer hier von einem untauglichen Objekt spricht, scheint mir dabei ein untaugliches Mittel im Auge zu haben. Der Dolch, der das Eisen nicht zu durchdringen vermag, erweist sich in concreto als unwirksame Waffe, ohne dass der, welcher die Rüstung trägt, aufhört, rechtlich als Objekt der Tödtung in Betracht zu kommen. Deshalb vermag ich nur zwischen Existenz und Mangel des Gegenstandes zu unterscheiden, gegen den sich der Angriff richtet. Fehlt er, so sind alle Chancen des Gelingens ausgeschlossen; ist

[65] v. Bar: Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen S. 9 und 10.

er vorhanden, so ist nur die Möglichkeit des Erfolges gegeben.

Unter den Umständen, welche die Bildung eines Causalzusammenhanges nicht zulassen, kann somit nur die Anwendung eines absolut untauglichen Mittels oder der Mangel des Objektes verstanden werden, unter denen, welche einen möglichen Causalzusammenhang zerstören, nur die, durch welche das abstrakte Verhältniss zwischen Ursache und Wirkung durch ein conkretes Hinderniss gelöst wird. Wir sehen daraus, wie willkürlich die subjektiv-objektive Theorie verfährt, wenn sie die Anwendung eines Sympathiemittels oder das Darreichen einer Substanz, die man zu Unrecht für giftig hält, der Kategorie des untauglichen Versuches, den Schuss auf einen Leichnam oder das Darreichen von Zucker, den man mit Arsenik verwechselt, der des tauglichen Versuches überweist: subjektiv und objektiv stehen sich diese Fälle ganz gleich, der Thäter hält die Entstehung des Causalzusammenhanges überall für möglich, eine objektive Anschauung sie überall für unmöglich. Wollen wir daher systematischer zu Werke gehen, so haben wir den beiden Arten des Versuches, welche die subjektiv-objektive Theorie kennt, einen anderen Inhalt zu geben; der einen haben wir die Fälle zuzutheilen, in welchen der Handelnde einen Umstand als vorhanden annimmt, dessen Mangel die absolute Unmöglichkeit des Erfolges bedingt, der anderen die Fälle zuzuweisen, in welchen die Handlung in abstracto Aussicht auf Gelingen bietet. Kommt nun der einen Kategorie eine Signatur zu, welche der anderen abgeht, so wäre die Duplicität des Begriffes nachgewiesen.

Der untaugliche Versuch kann nun seiner Natur nach der Charakteristik des faktischen Irrthums nicht entbehren. Die richtige Vorstellung von der Aussenwelt wäre mit einem ernstlichen Willen unvereinbar. Wer weiss, dass er einem Leichnam gegenübersteht oder ein ungeladenes Gewehr in den Händen hat, könnte bei zurechnungsfähigen Sinnen nicht in mörderischer Absicht zur Aktion übergehen. Die subjektiv-objektive Theorie ist daher genöthigt, das Merk-

mal des faktischen Irrthums von dem untauglichen Versuch auf den tauglichen zu übertragen. Dies sucht sie dadurch zu ermöglichen, dass sie erklärt, der Irrthum bestehe hier darin, dass der Thäter nicht das Moment in Anschlag bringt, das in concreto die Bildung des Causalnexus verhindert.[66] Diese Behauptung liesse sich nur dann aufrecht erhalten, wenn die Vorstellung von der Nothwendigkeit des Eintrittes des Erfolges eine conditio sine qua non für den verbrecherischen Versuch wäre. Sie beruht somit auf der irrthümlichen psychologischen Auffassung, der wir bereits an einer anderen Stelle entgegengetreten sind, nämlich auf der, dass der Thäter nur auf die ihm günstigen und nicht zugleich auch auf die ihm ungünstigen Chancen reflektire.[67] Giebt man sie auf und verschliesst man sich nicht länger der Ansicht, dass der Verbrecher sich sehr wohl im Zweifel über den Ausgang seines Unternehmens befinden kann, ohne dass damit der Charakter seiner That sich ändert, so entschwindet die Möglichkeit, dem tauglichen Versuch das Merkmal des Irrthums zu geben. Erklären wir es für denkbar, dass der Dieb in eine fremde Tasche greift auf gut Glück, ob er darin Geld oder geldeswerthe Sachen vorfindet, dass der Bandit sein Gewehr abdrückt, nicht zweifelnd, dass die Kugel ebenso gut treffen wie fehlen könne, so müssen wir zugeben, dass der eine wie der andere sich die beiden Möglichkeiten der Folgen seiner That richtig vorgestellt hat. Von einem Irrthum kann daher, die Ereignisse mögen kommen wie sie wollen, nicht mehr die Rede sein. Der Erfolg mag eintreten oder ausbleiben, ein Widerspruch zwischen der Vorstellung des Thäters und der Wirklichkeit ist ausgeschlossen.

Demgemäss ist die subjektiv-objektive Theorie vor folgende Wahl gestellt: Will sie ihre beiden Arten des Versuchs aufrecht erhalten, so müsste sie das ihnen gemein-

---

[66] Hälschner a. a. O. S. 186 i. f. Walther a. a. O. S. 36. S. 47. Köstlin: System S. 224.

[67] S. oben S. 177.

schaftlich beigelegte Merkmal weiter fassen. Sie müsste mithin den Begriff des Irrthums, obwohl derselbe ohnedies eine nicht unbedenkliche Ausdehnung erfahren hat, noch derart erweitern, dass sich darunter auch die Fälle, in denen sich der Thäter beide Alternativen des Ausganges vorstellt, subsumiren lassen. Das wäre wohl kaum anders möglich als dadurch, dass sie den Irrthum als die Vereitelung der Hoffnung, deren sich Jemand bei Vornahme einer Handlung hingiebt, definirt — und der Uebergang zur subjektiven Theorie hätte sich vollzogen. Will sie dies aber nicht, so müsste sie der einen Kategorie eine andere Charakteristik geben, als der anderen — und der Abzug in das objektive Lager wäre signalisirt.[68] Zu Compromissen bietet das Recht keine Gelegenheit.[69]

Zu demselben Resultat gelangen wir aber auch, wenn wir uns mit der Controverse beschäftigen, welcher die subjektiv-objektive Theorie ihre Entstehung und ihren Namen verdankt, mit der vom Versuch mit untauglichen Mitteln. Auch hierbei zeigt es sich, dass man nur die Wahl hat zwischen dem subjektiven und objektiven Standpunkt, oder, um mich correkter auszudrücken, zwischen dem traditionellen Begriff, dessen Consequenzen uns abstossen und jenem uns noch unbekannten Begriff, dessen Consequenzen uns anziehen. Die subjektiv-objektive Theorie vermag sich von dem einen nicht voll zu verabschieden, und den anderen nicht voll im Voraus willkommen zu heissen; in dieser Halbheit liegt ihre Schwäche. Denn die Ansicht, der sie huldigt, lässt sich nicht ohne Verletzung eines dem Civil- und Criminalrecht gemeinschaftlichen Fundamentalsatzes aufrecht erhalten. Bereits vor Savigny waltete nämlich unter den Juristen kein Streit darüber ob, dass die ignorantia dem error

---

[68] Von der Möglichkeit, dass der taugliche Versuch aufgegeben werden könnte, um den untauglichen zu retten, habe ich selbstredend abgesehen.

[69] Es liegt somit nicht, wie Krug a. a. O. S. 24. annimmt „das Richtige und Praktische“ in der Mitte.

im engeren Sinne vollständig gleichsteht.[70] In seiner epochemachenden Abhandlung über „Irrthum und Unwissenheit“ hat Savigny hieran festgehalten, indem er seine darin niedergelegte Lehre mit den Worten beginnt:[71]

„*Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand lässt sich auf zweierlei Weise denken: entweder als blosse Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben oder als falsche Vorstellung, welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweiten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgiltig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht.*“

So viel mir bekannt, ist hiergegen von keiner Seite Einspruch erhoben worden, so dass ich wohl nicht zu weit gehe, wenn ich behaupte: Nach einem unzweifelhaften Grundsatz des Rechts ist Unwissenheit (ignorantia) und Irrthum (error i. e. S.) juristisch gleichbedeutend. Mit ihm ist aber die subjektiv-objektive Theorie in Collision gerathen. Soll derjenige, welcher eine unschädliche Substanz für giftig hält, straflos, derjenige aber, der sie mit Gift verwechselt, strafbar sein, so bedeutet dies nichts anderes, als dass Unwissenheit und Irrthum im engeren Sinne aufhören sollen, im Criminalrecht eine ganz gleiche Rolle zu spielen. Von Allen, die sich bisher gegen die subjektiv-objektive Theorie gewendet haben, hat meines Erachtens nur Geyer den Hebel an der richtigen Stelle angesetzt, indem er erklärte: Bei der gleichen Absicht, bei der gleichen Thätigkeit, bei dem gleichen Vorsatz den einen bestrafen, den anderen straflos ausgehen lassen, ist ein Widerspruch, der den zu lösen hat, welcher verlangt, dass man ihm folgen soll. Er veranschaulicht noch seine Ansicht in der Weise, dass er die beiden hier in Betracht kommenden Fälle, wie nachsteht, gegenüberstellt:

---

[70] Thibaut: System des Pandektenrechts (1823) Bd. I § 28 S. 21 § 145 S. 115.

[71] Savigny: System Bd. III Beilage VIII S. 326.

I. „A hat die Absicht, den B zu tödten. Er setzt sich vor, ihm Arsenik in eine Speise zu mischen. Handlung: er mischt Zucker in eine Speise, die dem B gereicht wird.“

II. „A hat die Absicht, den B zu tödten. Er setzt sich vor, Zucker in eine Speise zu mischen. Handlung: er mischt Zucker in eine Speise, die dem B gereicht wird,

und er findet mit Recht, dass sie sich nur darin unterscheiden, dass der eine Thäter sich eine grössere Kenntniss von den Gesetzen der Natur verschafft hat, als der andere, so dass man, wenn man den einen anders als den andern beurtheilt, den Grund der Strafe anstatt auf die Willensschuld auf den Vorzug der Intelligenz zurückführen müsste.[72] Stellen wir uns auf den Standpunkt des Thäters, in dessen Vorstellung Zucker und Arsenik die gleiche Tauglichkeit besitzen, und bezeichnen wir deshalb in beiden Fällen das Mittel, das zur Anwendung gebracht werden soll, als „giftige Substanz“, so verschwindet selbst der äussere Unterschied, den die Wortfassung darbietet.

Es sind 13 Jahre vergangen, seitdem Geyer das in Rede stehende Argument gegen die subjektiv-objektive Theorie vorgebracht hat. Vergeblich habe ich mich danach umgethan, ob vielleicht von irgend einem ihrer Anhänger eine Widerlegung auch nur versucht worden ist. Eine Lehre aber, welche einen so gewichtigen Schlag zu pariren ausser Stande ist, muss sich meiner Ansicht nach unumwunden für überwunden erklären.

Wird der Grundsatz, dass ignorantia und error rechtlich gleich zu behandeln, wiederhergestellt, so kann es länger keinen Unterschied begründen, ob der Thäter sich eines absolut untauglichen Mittels bedient, das er für wirksam erachtet, oder ob er es in Folge einer Verwechslung zur Anwendung bringt. Alsdann hat die subjektiv-objektive Theorie freie Hand, ob sie in der in Rede stehenden

[72] Geyer a. a. O. (Gerichtssaal pro 1866) S. 60. 61.

Controverse sich der subjektiven oder objektiven Theorie anschliessen will: ihre eigene Basis ist damit erschüttert. Nicht einmal die Sympathiemittel lassen sich, wenn man die Grundsätze vom Irrthum zur Anwendung bringt, exceptionell behandeln. Derjenige, welcher Gummi arabicum für giftig hält, ist in derselben Unwissenheit wie der, welcher einen unter Hexensprüchen zusammengerührten Brei für ein Tödtungsmittel erachtet.[73] Man hat nur die Wahl: entweder an dem zeitherigen Begriff festzuhalten und alle daraus von der subjektiven Theorie gezogenen Consequenzen mit in den Kauf zu nehmen oder sich nach einem neuen Begriff umzusehen, der uns nicht zwingt, das zu lehren, was wir als absurd begreifen. Der bisweilen angerathene Ausweg, durch eine Verschiedenheit im Strafmaass den Widerspruch zwischen Gefühl und Verstand auszugleichen,[74] lässt uns erkennen, welcher Seite sich der schliessliche Sieg zuwenden muss. Wer zuerst auseinandersetzt, dass es rechtlich auf dasselbe hinauskommt, ob Jemand mit einem geladenen oder ungeladenen Gewehr auf einen Menschen zielt, und hinterdrein wieder erklärt, dass die gleiche Behandlung beider Fälle ungerechtfertigt sei, steht in Begriff, seiner eigenen Fahne untreu zu werden.

Schon hatte ich mich der Hoffnung hingegeben, damit den Boden, auf dem sich die Anhänger der subjektiv-objektiven Theorie zusammenfinden, unterwühlt zu haben, als

---

[73] Hiergegen verstossen: Lammasch a. a. O. S. 28. 77. 78. Bauer: Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. I S. 308—318. Henke: Handbuch Bd. I S. 256. 257 u. a. m. Gegen diese Inconsequenz hat sich bereits Schwarze a. a. O. (v. Holtzendorffs Handb. Bd. II S. 297. 298) aus dem im Text angegebenen Grunde gewendet.

[74] Krug a. a. O. S. 22—25. Pfotenhauer a. a. O. S. 79—118. Köstlin: N. Revision S. 356—376. 428—434 u. a. m. Wenn Häberlin erklärt, dass die Praxis berechtigt sei, im Fall des Versuches mit untauglichen Mitteln das Minimum der gesetzlich zulässigen Strafe anzuwenden — Gerichtssaal pro 1864 S. 238 — so lässt er unerwogen, dass der Versuch im positiven Recht wenn auch nur exceptionell mit dem Tode bedroht ist.

ich zu meiner Ueberraschung wahrnahm, dass Häberlin seinem Versuchsbegriff die vollständige Harmonie mit seiner Lehre nachrühmt.[75] Zu dieser Behauptung gelangt er durch eine Freiheit der Interpretation, die an poetische Licenz hart heranstreift. Er erklärt nämlich, dass zum Versuch drei Erfordernisse gehören: 1) „der böse Wille, die Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen", 2) „eine äussere Handlung, welche bereits als Anfang der Ausführung erscheint", 3) „ein ausserhalb des Willens des Thäters gelegener Zufall, welcher die Vollendung des Verbrechens verhindert". Indem er nun, von allen Widersprüchen im Einzelnen abgesehen,[76] die Worte Anfang der Ausführung in einer Weise auslegt, die es ihm ermöglicht, in ihnen die Köstlin'sche Lehre wieder zu finden,[77] mag er vielleicht herausgefühlt haben, dass er zu einer petitio principii seine Zuflucht nimmt, wenn er das als richtig versichert, was zu beweisen seine Pflicht wäre. Anstatt aber diesen Fehler zu verbessern, begeht er einen zweiten. Er erklärt nämlich im Fall der Verwechslung den Irrthum als einen ausserhalb des Willens des Thäters gelegenen Umstand,[78] während er sich im Fall der Unwissenheit mit der Bemerkung heraushilft, dass „absichtlich" ein Mittel gewählt werde, welches den Eintritt des Erfolges verhindert.[79] Das ist der Beweis, den Häberlin erbringt, dass der einen Kategorie zwei wesentliche Requisite des Versuches abgehen, welche der anderen angehören, so dass wir, wenn wir ihm nicht auf

---

[75] Häberlin a. a. O. S. 238 fg.

[76] Auf Seite 221 soll der Ausdruck „Anfang der Ausführung" in dem einen Satz die Ausführung des Verbrechens, in dem anderen Ausführung der Absicht bedeuten. Bald darauf wird die eine wie andere Auslegung verworfen und die im Text mitgetheilte Interpretation gegeben. S. 226 kommt noch eine vierte Auslegung zum Vorschein. — Nach S. 223 und S. 4 Beilageh. zum Gerichtssaal pro 1865 sollen sich Irrthum und Nichtwissen gleichstehen, in den im Text angegebenen Stellen wird das Gegentheil vertheidigt.

[77] a. a. O. S. 234.

[78] a. a. O. S. 233.

[79] a. a. O. S. 239 i. f. S. 240.

dem Wege folgen wollen, in seine Definition hineinzuthun und aus ihr herauszunehmen, was unserer Neigung entspricht, mit seinem Versuchsbegriff nicht länger zu rechnen haben.[80]

Der Beweis aber, dass die subjektiv-objektive Theorie zu Unrecht eine selbständige Stellung in der Litteratur einnimmt, lässt sich aber auch noch auf einem zweiten Wege führen. Gehen wir den Gründen nach, durch welche sie die Resultate, die wir bisher bekämpft haben, rechtfertigt, so gelangen wir wiederum zu dem Schluss, dass man, ohne sich selbst untreu zu werden, nicht mit dem einen Fuss auf dem Boden der subjektiven, mit dem anderen auf dem der objektiven Lehre stehen kann. Von den zwei Argumenten, auf die sie sich vorzüglich stützt, treibt das eine nach dieser, das andere nach jener Richtung hin.

Auf den objektiven Standpunkt würde sie gedrängt werden, wollte sie dem Körnchen Wahrheit, das in ihrer Behauptung liegt, dass zwischen den das Ausbleiben des Erfolges verhindernden Umständen kein Unterschied statuirt werden dürfe,[81] die naturgemässe Entwickelung gestatten. Zutreffend weist nämlich Geyer darauf hin, dass hiervon nur dann die Rede sein könnte, wenn die Handlung die abstrakte Fähigkeit besitzt, der Verwirklichung der Absicht zu dienen.[82] Was todt geboren ist, kann nicht getödtet werden. Wenn daher die Anhänger der subjektiv-objektiven Theorie einen die Vollendung hindernden Irrthum auch dann annehmen, wenn der Thäter das Vorhandensein des Rechtsgutes, auf dessen Vernichtung es abgesehen ist, supponirt oder sich anstatt einer giftigen Substanz sich eines absolut

[80] Ganz ebenso willkürlich verfährt er in seiner Abh. „Ueber den Irrthum im Strafr.“ Beilageh. zum Gerichtssaal pro 1865 S. 1 fg. Bei der aberratio ictus weist er nach, dass die Absicht die Identität des angegriffenen Gegenstandes mit dem vorgestellten erfordere S. 54 fg., bei dem error in objecto weist er ebenso nach, dass die Absicht diese Identität wieder nicht erfordere S. 49 fg.

[81] Hälschner a. a. O. S. 187 i. f. S. 188. Walther a. a. O. S. 35. 36. Häberlin a. a. O. S. 234.

[82] Geyer a. a. O. S. 79. 80.

untauglichen Mittels bedient, so gehen sie weiter, als dies in ihrer Intention liegt. Wollen sie ihre Behauptung aufrecht erhalten, so würden sie sich vergeblich der Consequenz entziehen, dass man den von ihnen proponirten Fällen diejenigen an die Seite stellt, in denen die falsche Vorstellung von der Beschaffenheit einer Materie einen Versuch zur Erscheinung bringt, für den sie abweichende Grundsätze lehren. Wer von einem den Erfolg hindernden Irrthum spricht, wenn Jemand anstatt eines geladenen Gewehrs ein Stück Holz ergreift, hat kein Recht, ihn zu leugnen, wenn Jemand dem Alaun eine Eigenschaft beimisst, die ihm nicht zukommt. Ist daher die subjektiv-objektive Theorie, sofern sie die Straflosigkeit der Versuchshandlungen, in denen in Folge der Unwissenheit des Thäters ein absolut untaugliches Mittel figurirt, festhalten will, genöthigt, von der Verhinderung des Erfolges nur da zu reden, wo sein Eintritt im Bereich der abstrakten Möglichkeit liegt, so bleibt ihr nichts übrig, als der objektiven Theorie noch die beiden andern Concessionen zu machen, durch deren Versagung sie sich von ihr trennt. Der Mangel des Objektes, dessen Vorhandensein zu Unrecht angenommen wird, und die Verwechslung eines tauglichen Mittels mit einem untauglichen wären alsdann nicht als Umstände aufzufassen, welche die Vollendung verhindern, sondern die Möglichkeit der Verwirklichung der Absicht von vornherein ausschliessen — und damit wäre die Brücke zwischen ihr und der subjektiven Theorie abgebrochen.

Auf den subjektiven Standpunkt aber wird sie gedrängt, indem sie für die Zurechnung die Grundsätze vom faktischen Irrthum als massgebend erklärt. Hälschner, dem hierin seine Anhänger nur allzugetreulich gefolgt sind,[83] lässt sich hierüber wie folgt aus:[84]

---

[83] Walther citirt den im Text mitgetheilten Passus, weil er ihm ein entscheidendes Gewicht beilegt, wörtlich S. 47 Häberlins Ausführungen im Gerichtssaal Beilageheft S. 15 fg. lassen die Hälschner'sche Idee deutlich wiedererkennen.

[84] a. a. O. S. 187.

„*Das Wesentliche ist in dieser Beziehung dies: dass durch den Irrthum das Wesen der Handlung nicht aufgehoben wird, dass also das Geschehene allerdings ein Gewusstes und Gewolltes ist, und darum in der Weise, in welcher es gewusst und gewollt wurde, zugerechnet wird dass aber von der Zurechnung die Qualifikation des Geschehenen ausgeschlossen bleibt, die es durch den Umstand empfing in Betreff dessen der Handelnde sich in einem Irrthum befand. So ist also auch bei jeder Versuchshandlung das Geschehene gewusst und gewollt, und zwar als Verwirklichung einer verbrecherischen Absicht, so dass es auch als solche Verwirklichung dem Handelnden zuzurechnen ist. Seine besondere Qualifikation, ein nicht vollendetes Verbrechen zu sein empfing das Geschehene vermöge eines Nichtwissens oder Irrthums des Handelnden, und darum bleibt auch hier der Umstand, in Betreff dessen der Irrthum stattfand insofern bei der Zurechnung ausser Betracht, als er die Qualität, welche der Handelnde selbst seiner That beilegte, nicht zu ändern vermag. Wer die uneheliche Tochter seines Vaters, von deren Existenz er nie etwas erfahren hat, als eine ihm nicht verwandte Person heiratet, begeht eine Handlung, die ihm in der Qualität, welche er ihr in seiner Absicht beilegte d. h. als eine rechtlich erlaubte, nicht aber in der, welche ihr wirklich zukommt d. h. als Incest zuzurechnen ist. Ebenso ist aber auch demjenigen, welcher, um einen Mord zu begehen, auf einen Menschen schiesst, aber ihn fehlt, weil er in der Meinung recht zu zielen dennoch falsch zielte, die Handlung in der durch die Absicht bestimmten Qualität d. h. als Verwirklichung der Absicht zu morden, als Verbrechen, nicht aber in der Beschaffenheit, welche ihr, von der Absicht abgesehen, in Wirklichkeit zukommt, d. h. als eine unschädliche, kein Recht verletzende, zuzurechnen.*“

Bei Lichte besehen, besagt diese Argumentation nichts anderes als: der Irrthum kann einen nicht vorhandenen verbrecherischen dolus nicht erzeugen, einen vorhandenen

nicht beseitigen. Wer bona fide handelt, ist von einer imputabelen Schuld frei, wer dolo malo handelt ist für das Geschehene voll verantwortlich. Demgemäss liegt in dieser Doduktion entweder der Fehler, dass dem Versuch ein objektiver Thatbestand abgesprochen oder dass etwas zugerechnet wird, ohne dass etwas zuzurechnendes vorhanden wäre. Entweder muss erklärt werden: jede Handlung in der Absicht ein Verbrechen zu begehen ist, den Mangel der Vollendung vorausgesetzt, als strafbarer Versuch zuzurechnen — und die subjektive Theorie ist wiederhergestellt, oder es wird eine Schuld construirt, der eine verbrecherische That nicht gegenübersteht. Weder die eine noch die andere Klippe ist von der subjektiv-objektiven Theorie vermieden worden.

Denn wenn ihre Anhänger darin übereinstimmen, dass eine Handlung in der Qualifikation in Anrechnung gebracht werden muss, welche sie nach der Absicht des Handelnden haben sollte, so hört damit jeder Unterschied zwischen demjenigen, der durch Sympathiemittel einen Anderen tödten will und demjenigen, der einen angemesseneren Weg zum Ziele einschlägt, auf. Hinsichtlich der Willensseite, auf welche es hiernach allein ankommen kann, stehen sich beide völlig gleich. Allenfalls mag man es von diesem Standpunkt aus vertheidigen, wenn man den Todtbeter von Strafe verschont, man handelt aber willkürlich, wenn man den Verbrecher, der von Hause aus mit einem absolut untauglichen Mittel operirt, anders behandelt, als den, dem der Zufall Zucker statt Arsenik in die Hände spielt. Lässt der Irrthum die Absicht unberührt und soll es genügen, dass eine That aus verbrecherischem Dolus hervorgegangen ist, um sie strafbar zu machen, so kann die Verschiedenheit der Entscheidung nur darauf beruhen, dass man in dem einen Falle dem ausgesprochenen Princip, in dem anderen dem Drange des Gefühles folgt. Häberlin ist daher ganz in seinem Recht, wenn er bemerkt:[85] „Innerhalb

[85] Häberlin a. a. O. S. 235.

des Versuches mit untauglichen Mitteln die einen Fälle für straffrei, die anderen für strafbar erklären, ist eine durch nichts zu rechtfertigende Inconsequenz;" nur in der Adresse hat er sich geirrt. Schon der Umstand, dass Köstlin[86] in seiner Neuen Revision genau ebenso conkludirt hat, um den zur Verantwortung zu ziehen, der heimlich seine eigene Sache wegnimmt oder in der Dunkelheit seine ihm angetraute Frau umarmt oder in seinem Aberglauben zum Zwecke der Tödtung sich eines der Mittel bedient, von denen die Criminaljustiz längst vergessener Zeiten viel zu erzählen weiss,[87] um daraus einen Versuch des Diebstahls, Ehebruches und beziehungsweise Mordes zu construiren, hätte als Wegweiser für die Richtung dienen müssen, der man mit vollen Segeln zusteuerte.

Häberlin begeht ausserdem noch den zweiten Fehler, dessen wir Erwähnung gethan haben. Er constatirt einen schuldhaften Willen, ohne sich vorher die Frage vorgelegt zu haben, ob denn die Veränderung in der Aussenwelt überhaupt criminalrechtliche Bedeutung habe. Dadurch ist er in eine Situation hineingerathen, von der ich nicht zu behaupten vermöchte, dass er sich als ihr Meister erwiesen. Anstatt sich nämlich zu sagen, dass der von ihm an die Spitze gestellte Grundsatz[88] „die Absicht entscheidet über den Charakter der That" nur den Sinn hat: zwei äusserlich gleiche Handlungen sind rechtlich verschieden, je nachdem sie aus einer erlaubten oder unerlaubten Absicht oder aus einem auf diese oder jene Rechtsverletzung gerichteten dolus hervorgegangen sind, und mithin weit entfernt ist, in Abrede zu stellen, dass der ganz gleiche verbrecherische dolus verschiedene Wirkungen in der Aussenwelt hervorzurufen im Stande ist, misst er ihm die Bedeutung bei, dass damit für die Zurechnung lediglich die Absicht als ent-

---

[86] Köstlin a. a. O. S. 356 fg.

[87] cf. die von Osenbrüggen a. a. O. Bd. I S. 39—42 mitgetheilten Fälle.

[88] a. a. O. Beilageheft im Gerichtssaal pro 1865 S. 22.

scheidend erklärt werde. Er abstrahirt somit gänzlich von der Beschaffenheit der That und ist der Meinung, dass derjenige, welcher mit verbrecherischem Vorsatz handelt, in der Weise zur Verantwortung zu ziehen sei, als wenn er die Rechtsverletzung bewirkt hätte, die er hervorrufen wollte. Nun fällt es ihm aber selber auf, dass man danach den, welcher einen Menschen zu tödten beabsichtigt, aber ihn nicht trifft, wegen Mordes anklagen müsste, während doch darüber, dass ihm nur ein Versuch zu imputiren sei, kein Zweifel besteht. In dieser Verlegenheit nimmt er zu dem seltsamen Argument seine Zuflucht, dass wir es „der gleichen Berücksichtigung der subjektiven und objektiven Seite der That im modernen Strafrecht“ zu verdanken haben, dass auch die Objektivität nicht ignorirt wird. Demnach scheint er der Meinung zu sein, dass die Römer andere Anschauungen über Leben und Tod als die Germanen hatten. Der von ihm citirte Satz „in maleficiis voluntas spectatur non exitus“ bedeutet ihm nicht: Nach römischem Recht war Versuch und Vollendung gleich strafbar, weil bei der Strafzumessung der materielle Schaden nicht berücksichtigt wurde, sondern: dem römischen Recht war der Unterschied zwischen Leben und Tod unbekannt.[89] So „beweist“ Häberlin auch hier wieder das, „was zu beweisen war.“[90]

Bedürfte es danach noch einer Bestätigung für unsere Behauptung, dass die subjektiv-objektive Theorie keine Lebensfähigkeit besitzt, so wäre wohl keine andere mehr dazu geeignet, als die, dass auch ihr Mangel im Thatbestand Milderungsgrund ist. Wer erklärt, dass der Versuch minder strafwürdig ist, als das vollendete Verbrechen,[91] und wer

---

[89] a. a. O. S. 22. 23. und S. 34. Ich will damit keineswegs in Abrede stellen, dass sich nicht auch der richtige Gedanke bisweilen durchbricht; um so störender ist aber für das Verständniss die Vermengung von verschiedenen Ansichten.

[90] a. a. O. S. 23.

[91] Hierin stimmen alle Theorieen in Deutschland heut zu Tage überein.

weiter die Lehre vertritt, dass das Objekt, das sich strafrechtlichen Schutzes erfreut, zwar hier vorhanden sein muss, dort aber entbehrt werden kann, wird einräumen müssen, dass er um Worte streitet, wenn er das, was die ältere Schule als Milderungsgrund wegen Mangel des Thatbestandes bezeichnet, nicht als mit seinem Versuch identisch gelten lassen will. Vergeblich kämpft Hälschner hiergegen an. Seine Versicherung: „es sei unwahr, dass der wirklichen Versuchshandlung ein zum Thatbestand erforderliches Moment fehle,“ [92] findet meiner Ansicht nach in der folgenden Begründung keine Unterstützung. Denn wenn er auseinandersetzt: [93]

> *„Das was fehlt, ist die vollständige Verwirklichung eines dieser Momente, nicht es selbst, da wenn ein wesentliches(?) Moment vollständig(?) fehlt und sich in keiner Weise objekticirt hat, auch kein Versuch vorliegt. Die Handlung dessen, der ein geladenes Gewehr abschiesst. ist gerade dann nur Mordversuch, wenn das zur Vollendung erforderliche Moment der Tödtung eines Menschen, auch in der Versuchshandlung objektivirt und vorhanden, aber nicht vollständig verwirklicht ist. Soll also überhaupt bei der Begriffsbestimmung des Versuches vom Thatbestand des vollendeten Verbrechens die Rede sein, so ist gerade nur diejenige Handlung Versuch, in welcher alle wesentlichen zum Thatbestand des Verbrechens erforderlichen Momente sich erkennbar, aber unvollständig verwirklicht haben,“*

so bricht er damit entweder mit seiner ganzen Lehre oder er drückt nur mit anderen Worten den von Köstlin ausgesprochenen Gedanken aus, dass der Unterschied zwischen Mangel im Thatbestand und Versuch lediglich der subjektiven Sphäre angehöre. Entweder hat seine Deduktion den Sinn, dass der Mord und der Mordversuch den Angriff auf ein lebendes Wesen voraussetzt und sich nur im Erfolge unterscheiden — und seine Grundanschauung, dass das

[92] a. a. O. S. 208.

[93] a. a. O. S. 208. 209.

Objekt nur in der Vorstellung des Thäters zu existiren brauche, wäre gefallen, oder sie besagt, dass bei der unvollständigen Verwirklichung der Absicht ein Leichnam dieselbe Rolle spielt wie ein lebender Mensch — und Mangel im Thatbestand und Versuch sind sofort wieder identisch. Danach dürfte es sich erübrigen, noch besonders darauf aufmerksam zu machen, dass die subjektiv-objektive Theorie zu der allseitig als unstatthaft empfundenen Consequenz der Annahme eines Versuches vom Versuche von zwei Seiten aus hintreibt. Man braucht nur den Irrthum in der Untauglichkeit des Mittels mit dem über das Vorhandensein des Objektes oder den Irrthum über ein den Causalnexus auflösendes Moment mit dem über die Existenz des Gegenstandes zu combiniren, und die Erscheinung tritt zu Tage, die nur die Wahl lässt entweder die Prämissen, die zu ihr führen, aufzugeben, oder geduldig Alles über sich ergehen zu lassen, was man doch nicht zu ändern vermag.

332

Drittes Capitel.

Das versuchte Verbrechen.

---

§ 12.

Der Begriff des Versuches.

Damit wäre der eine Theil der Aufgabe, die wir uns gestellt haben, erfüllt: der Versuchsbegriff, der uns in den Codifikationen und in den verschiedensten Theorieen der Wissenschaft entgegengetreten ist, ist von der Wurzel bis zur Krone ungesund. Wir sind daher vor die Wahl gestellt, entweder auf den Erfolg, der uns durch ihn geschafft werden sollte, für immer zu verzichten oder uns nach einem neuen Begriff umzuthun, um zu erreichen, was wir für unentbehrlich erachten. Wer zu der ersten Alternative rathen wollte, würde damit der Rückkehr zu jenem naiven Standpunkt des Rechtes das Wort reden, auf welcher ein materieller Schaden für ein wesentliches Erforderniss des Verbrechens gehalten wurde.[1] Es kann uns daher das Ringen nach Klarheit und Wahrheit nicht erspart bleiben. Aber woher sollen wir den Funken nehmen, der angefacht werden müsste, um zu der Flamme zu werden, die uns Licht zu

---

[1] Ich stelle mich dabei auf den Standpunkt der herrschenden Lehre, welche in den formell vollendeten, materiell unvollendeten Verbrechen einen Versuch sieht.

bringen vermöchte? Mit der historischen Entwickelung haben wir gebrochen. Die Saat, welche die Glossatoren und ihre Nachfolger gestreut haben, hat sich aller Anstrengungen ungeachtet als keimunfähig erwiesen. Den Fehler, den sie begangen haben, hat eine Litteratur, die nach Jahrhunderten misst, nicht zu verbessern vermocht. Die Sünden der Väter sind über die Kinder heimgekommen. Jeder Faden, der uns mit ihnen verbindet, muss zerschnitten, jeder Stein aus dem Gebäude, zu dem sie die Fundamente gelegt haben, herausgenommen, jeder Satz, der ihnen seinen Ursprung verdankt, beseitigt werden, wollen wir uns von den Irrthümern frei erhalten, die den gegenwärtigen Zustand herbeigeführt haben. Mit einem Wort: eine Geistesarbeit der umfassendsten Art muss vernichtet, eine neue von Grund aus begonnen werden. Dabei können wir uns weder aus den Quellen noch aus der Litteratur des Auslandes Raths erholen.[2] Die Quellen sind uns verschlossen, weil uns der Gegenstand unbekannt ist, den wir in ihnen zu suchen haben. Die Wissenschaft anderer Culturstaaten können wir nicht consultiren, weil sie, wie wir gesehen haben, an demselben Uebel krankt, an dem wir leiden.

In dieser Situation, in der uns kein Pfad winkt, der uns auf gewohnte Bahnen zu leiten verspräche, haben wir nur einen Führer zur Seite, den Sprachgebrauch. Auf ihn zu recurriren sind wir um so mehr befugt, als wir wiederholt in der Litteratur den Gedanken ausgesprochen finden, dass der Ausdruck „Versuch“ dem gemeinen Leben entlehnt und zu einem technischen Begriff umgeformt sei.[3] Ja, man nahm sogar keinen Anstand Hepp, als er mit seiner culpa attentata unbequem wurde und die Verwechslung von Anfang und Conat von den dolosen Delikten auf die culposen übertragen

[2] Selbstredend können hierbei nur die Länder in Betracht kommen, welchen ein allgemeiner Begriff des Versuchs bekannt ist.

[3] Cropp a. a. O. S. 35. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 2 S. 1 und 2. Schwarze im v. Holtzendorff'schen Handbuch Bd. II § 1 S. 270. Krug a. a. O. S. 3.

sehen wollte,[4] entgegenzuhalten, dass er damit mit dem Sprachgebrauch in Collision gerathe;[5] einen anderen Beweis dafür, dass der Versuch zu seiner Existenz die verbrecherische Absicht erfordere, hat die Wissenschaft zeither nicht zu erbringen vermocht. Dazu kommt aber noch, dass der Sprachgebrauch sich zu allen Zeiten constant geblieben ist,[6] so dass wir annehmen dürfen, dass auch die Glossatoren und ihre Nachfolger mit dem Ausdruck „Versuch" denselben Sinn verbanden, den wir ihm heute beilegen. Ist es richtig, was Zachariae für das römische,[7] Wilda für das germanische Recht behauptet,[8] dass ihm ein technischer Begriff des Versuches unbekannt gewesen sei, so bedienen wir uns derselben Quelle, aus der allein die falsche Lehre geschöpft worden sein kann, um aus ihr eine richtige zu entnehmen. Die todten wie die lebenden Sprachen verstehen aber unter „Versuchen" Bemühungen aufwenden, um einen Erfolg zu erreichen. Dabei ist lediglich der Standpunkt des Handelnden entscheidend. Das Bewusstsein, dass ein Unternehmen die Möglichkeit des Gelingens und Misslingens darbietet, reicht hin, die Anwendung des in Rede stehenden Wortes zu rechtfertigen. So macht der Kranke, der das Maass der ihm vom Fieber zurückgelassenen Kräfte nicht kennt, den „Versuch" sich von seinem Lager zu erheben und ebenso redet der Chemiker von einem „Versuch",

---

[4] S. oben S. 27.

[5] Mittermaier: Im Neuen Arch. Bd. X S. 542. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 38. Pfotenhauer a. a. O. S. 43.

[6] cf. für das röm. R. L. 1 § 2. D. 2. 2 (quid quisque juris) Quid enim obfuit conatus, quum injuria nullum habuerit effectum? — L. 45 D. 26. 7 (de admin) Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. — L. 7 § 2 D. 33. 10 (de sup. leg.) L. 1 §. 1 C. 7. 24. (de Sct. Claud. toll.). Vergl. auch die von Zachariae Bd. I S. 3 Note 2 angezogenen Citate römischer Schriftsteller. Cf. für das Mittelhochdeutsche Recht Weigand: deutsches Wörterbuch s. v. „versuochen" und Lexer: Mittelhochdeutsches Handwörterbuch Bd. III S. 259.

[7] a. a. O. S. 3.

[8] Wilda: Das Strafrecht der Germanen S. 599.

der den Ausgang seines Experimentes für ungewiss haltend, einen Stoff in seine Elemente zu zersetzen beabsichtigt.[9] Tritt die günstige Alternative ein, so ist der Versuch gelungen, entgegengesetzten Falles misslungen.

Auf diesen subjektiven Standpunkt können wir uns aber, wenn wir einen neuen Begriff construiren wollen, selbstredend nicht stellen. Nicht auf den Erfolg, den der Handelnde erreichen, sondern auf den, welchen das Gesetz vermieden sehen will, kommt es an. Daraus erhellt, dass für uns der Begriff des gelungenen Versuches nicht existirt; tritt der Erfolg ein, der die Charakteristik des Thatbestandes eines Verbrechens ausmacht, so haben wir das, was von dem gemeinen Leben mit diesem Ausdruck bezeichnet werden würde, technisch mit dem Namen der Vollendung zu belegen. Zugleich ersehen wir aber auch, dass die formalen Verbrechen die Annahme eines Versuches ausschliessen. Der Versuch, den wir nach dem Sprachgebrauch als misslungen anzusehen haben, würde in den Anstrengungen bestehen, den Organen des Körpers Gehorsam beizubringen und mithin als factum internum für uns bedeutungslos sein, derjenige dagegen, den wir danach als gelungen erachten würden, würde die vom Gesetz verbotene Handlung total oder partiell und mithin ein vollendetes oder ein begonnenes Verbrechen zur Entstehung bringen. Hätten daher diejenigen, welche an den Sprachgebrauch anknüpften, um den Begriff des Versuches zu entwickeln, nur einen kleinen Schritt weiter gethan, so hätten sie zwei interessante Erscheinungen bemerkt. Sie würden wahrgenommen haben, dass wir zwar von einem versuchten Meineid und einem versuchten Ehebruch, nicht aber von einem Meineids- oder Ehebruchs-Ver-

[9] Dass wir bei Experimenten von einem Versuch auch dann reden, wenn die Erscheinung zu Tage tritt, welche der Chemiker oder Physiker als nicht zweifelhaft erwartet, hat nicht, wie Zachariae Bd. I S. 2 meint, darin seinen Grund, weil noch andere Entdeckungen möglich sind oder weil es sich um unvollkommene Nachahmungen von Naturphänomenen handelt, sondern darin, dass der Experimentator sich auf den Standpunkt stellt, als wäre ihm der Ausgang ungewiss.

suche sprechen, während wir uns beim Morde der einen wie der anderen Redewendung bedienen können, ohne dadurch der Sprache Zwang anzuthun. Sie hätten alsdann schärfer zwischen den Produkten der italienischen Erfindung und den Früchten der natürlichen Entwickelung zu scheiden, ausreichende Veranlassung gehabt. Sodann würden sie sich gesagt haben, dass der traditionelle Begriff mit dem Sprachgebrauch, den sie als seine Mutter betrachteten, in einem eklatanten Widerspruch stehe. Können wir von demjenigen, der sich zu einem falschen Eide erbietet, zwar behaupten, dass er einen Meineid habe leisten wollen, nicht aber, dass er einen Meineidsversuch gewagt habe, so hätte derselbe Grund, mit dem man die Hepp'sche culpa attentata bekämpfte, ausgereicht, nicht blos Köstlin, als er in der Annäherung an einen Dritten, um ihn zu beleidigen, einen Versuch der Injurie erblickte,[10] zu widerlegen, sondern mit einem Schlage der ganzen Verwechslung von conatus delinquendi und voluntas sceleris ein Ende zu machen.

So wären wir denn wieder bei der Lehre angelangt, welche Martin bereits am Anfang des Jahrhunderts aufgestellt aber so wenig zu begründen vermocht hat,[11] dass sie heut zu Tage nur noch als Antiquität in Betracht kommt. Dennoch muss ich sie, so paradox dies auch klingen mag, geradezu als die herrschende bezeichnen: der Beifall in der That wiegt schwerer als der Widerspruch in Worten. Mit einer in unserer Materie auffallenden Uebereinstimmung wird nämlich von der Litteratur bezeugt, dass der beendigte Versuch nur innerhalb derjenigen Verbrechen vorkommen könne, deren Thatbestand einen bestimmten Erfolg erfordert.[12] Sind

[10] S. oben S. 135.

[11] Martin: Lehrbuch des deutschen gem. Crim.-R. (1820) § 46.

[12] Berner: Wie unterscheiden sich der beendigte und unbeendigte Versuch pp. Gerichtssaal pro 1865 S. 81 fg. Derselbe: Gutachten in den Verhandlungen des deutschen Juristentags pro 1876 S. 109 fg. (cf. daselbst auch das Gutachten von Leuthold S. 181 fg. und von Lamm S. 146 fg. Zachariae: die Lehre vom Versuch Bd. II S. 30. S. 257—260. Derselbe: in Goltdammers Arch. Bd. III S. 174. V. S. 592. Geib a. a. O. S. 302. Schwarze: in v. Holtzendorffs Handb. Bd. II S. 282. Meyer: Lehrbuch S. 205 u. s. w.

aber Anfang und Ende Gegensätze und ist weiter der eine Begriff ohne den des anderen undenkbar, so ist damit von selbst anerkannt, dass die Delikte, welche durch eine Handlung schlechthin consummirt werden, der Annahme eines Versuches widerstehen. Wir haben uns daher nur noch mit denen auseinanderzusetzen, welche in Abrede stellen, was die communis opinio zugiebt.

Köstlin macht dabei von vornherein die Concession, dass er zwischen den formalen und materialen Verbrechen den wesentlichen Unterschied hervorhebt, dass dort von dem s. g. delictum perfectum nur dann die Rede sein könne, wenn Mittel oder Objekt untauglich wären, während hier auch bei der gegentheiligen Voraussetzung die Vollendung nicht einzutreten brauche. Nichtsdestoweniger bezeichnet er die von ihm soeben noch betonte Verschiedenheit als eine nur oberflächliche und nur scheinbare, indem er den beendigten Versuch der einen wie anderen Verbrechenskategorie dahin charakterisirt, dass der Thäter das Delikt für subjektiv vollendet erachtet.[13]

Um nicht schon hier in die Erörterung einer Controverse einzutreten, welche zweckentsprechender in dem Kapitel über die Grade des Versuchs ihren Platz findet, will ich mich auf den Einwand beschränken, dass Köstlin dadurch mit sich selbst in Widerspruch getreten ist. Soll nämlich bei den formalen Verbrechen die vollzogene Handlung nur dann nicht zur Vollendung führen, wenn ein Irrthum des Thäters in Bezug auf die Mittel oder auf das Objekt obwaltet, so folgt daraus, dass sie entgegengesetzten Falles mit dem consummirten Delikt zusammenfallen muss. Ist dagegen bei den materialen Verbrechen mit der Tauglichkeit der Mittel und des Objektes der Erfolg noch nicht gewährleistet,[14] so geht daraus hervor, dass die Congruenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit den beendigten Versuch nicht mit Nothwendigkeit in ein vollendetes Verbrechen umwandelt.

---

[13] Köstlin: N. Revision S. 423. cf. auch: System S. 243. 244.
[14] Köstlin: N. Revis. S. 423.

Um nichtsdestoweniger seine Behauptung, dass der beendigte Versuch dort wie hier dieselben Eigenthümlichkeiten nachweise, aufrecht zu erhalten, entschliesst sich Köstlin dazu, einfach das zu widerrufen, was er vorher zugegeben hat, und er erklärt deshalb nunmehr, dass die Handlung des Thäters ausnahmslos die Consummation zur Folge habe, sobald sein Glaube an die Tauglichkeit des Mittels und des Objektes sich gegründet zeige.[15] Freilich redet er jetzt von „conkreter Tauglichkeit". Abgesehen davon, dass er damit gegen den Sprachgebrauch verstösst[16], halte ich es überdies für durchaus unzulässig, demselben Ausdruck bald diesen, bald jenen Sinn unterzulegen, je nachdem das Bedürfniss der jedesmaligen Situation dies erheischt.

Ebensowenig ist es Hälschner gelungen, die gleiche Behandlung der formalen und materialen Verbrechen für die Versuchslehre zu retten. Er giebt zwar zu, dass es bisweilen vorkommen könne, dass sich das delictum perfectum mit dem delictum consummatum nicht deckt, behauptet aber, dass man es dabei stets nur mit den Zufälligkeiten des einzelnen Falles zu thun habe, indem es kein Verbrechen gebe, bei welchem mit Nothwendigkeit die vollzogene Handlung die Vollendung in sich schliesse.[17a] Den Beweis aber hierfür ist er schuldig geblieben und musste ihn schuldig bleiben. Die objektiven Merkmale des Thatbestandes vorausgesetzt, ist es absolut undenkbar, wie die beendigte Eidesleistung nicht das vollendete Verbrechen des Meineides, sondern einen Versuch desselben zur Entstehung bringen sollte. Ebenso ist es unerfindlich, wie bei der Injurie und beim Ehebruch von einem delictum perfectum die Rede sein sollte, sofern man sich nicht der subjektiven Theorie, welche beim Versuch die Deliktsmerkmale in die Sphäre der Subjektivität verweist, in die Arme wirft. Wollte man dies aber auch thun, so liesse sich doch immerhin der Unterschied nicht wegdisputiren, dass bei den Verbrechen,

---

[15] a. a. O. S. 427.

[16] S. oben S. 315. 316.

[17a] Hälschner: System Bd. 1 S. 210.

welche durch eine jenseit der Handlung liegende Wirkung charakterisirt werden, die Uebereinstimmung der Vorstellung mit der Wirklichkeit nur die Consummation zur Folge haben kann, bei den formalen dagegen sie zur Folge haben muss. Noch weit weniger ist ein anderer Passus, in welchem Hälschner sich über denselben Gegenstand ausspricht, geeignet, seine Ansicht zu unterstützen.

„*Es giebt — so sagt er wörtlich — durchaus gar kein Verbrechen, bei welchem nicht die Vollendung vom Eintritt eines bestimmten Erfolges bedingt würde, dass aber dieser Erfolg das einemal z. B. beim Morde einen irreparabelen Schaden bewirkt, das andere Mal z. B. beim Diebstahl, eine Beschädigung, die eine vollkommene Restitution zulässt, kann bei der Frage nach Versuch und Vollendung gar nicht in Betracht kommen, da insbesondere auch bei einem jeden Verbrechen die Vollendung ebenso wohl durch zufällige Unterbrechung der Thätigkeit wie durch das Ausbleiben des Erfolges bei beendigter Thätigkeit verhindert werden kann.*“[17b]

Denn zu Unrecht nimmt er an, dass diejenigen, welche dem beendigten Versuch nur innerhalb der materialen Verbrechen einen Platz vergönnen, unter Erfolg den Eintritt eines irreparabelen Schadens verstehen. Dies ist durchaus nicht der Fall. Nicht der Umstand, ob die Veränderung in der Aussenwelt einen Ausgleich in Geld oder Geldeswerth zulässt, sondern der, ob ausserhalb der Handlung die Wirkung liegt, die das Gesetz vermieden sehen will, wird dabei für entscheidend erklärt. Rechnen wir die Tödtung zu den materialen Verbrechen, so hat dies nicht seinen Grund darin, dass wir das Menschenleben für ein unersetzliches Gut halten, sondern darin, dass wir den Tod als die Folge einer Handlung ansehen. Eben deshalb macht es für den beendigten Versuch der Tödtung keinen Unterschied aus, ob Jemand auf seinen Feind zielt, ohne ihn zu treffen, oder ob er auf den nachbarlichen Hahn, der ihn

---

[17b] a. a. O. 200.

durch sein Krähen um seine Morgenruhe bringt, einen Schuss abfeuert, der hart daneben in die Erde schlägt. Noch weit weniger trifft die Bemerkung zu, dass bei jedem Verbrechen die Vollendung ebensowohl durch Unterbrechung der begonnenen wie durch das Ausbleiben des Erfolges nach beendigter Thätigkeit verhindert werden kann. Ich wüsste wenigstens nicht, welcher Erfolg zu verhindern wäre, wenn das injuriöse Wort gesprochen, der Meineid geleistet, der Ehebruch begangen ist.

Wir brauchen uns indess bei diesem Punkt nicht länger aufzuhalten. Derjenige, welcher behauptet, dass die Verbrechen, bei denen sich der Thatbestand der Vollendung zur verbotenen Handlung wie Sein zu Werden verhält, einen Versuch zulassen, muss entweder Anfang und Conat für Synonyma erklären oder er muss die Lehre: Mangel im Thatbestand ist Versuch reaktiviren. Wer bei dem Meineide von einem Versuch spricht, hat nur die Wahl, entweder die begonnene Eidesleistung mit der versuchten zu identificiren oder davon zu abstrahiren, dass das Zeugniss vor einer competenten Behörde abgelegt wird.

Aber damit haben wir noch immer wenig erreicht. Wir wissen nunmehr nur, wo wir den Begriff, den wir finden wollen, nicht zu suchen haben. Zwar vermindert sich die Gefahr einer Verirrung in dem Maasse, in welchem sich der Kreis, in welchem wir uns bewegen, verkleinert, aber das Gebiet der Delikte, welche den Gegensatz zu den formalen bilden, ist noch immer zu gross, als dass wir, wollen wir keine Unvorsichtigkeit begehen, ohne Weiteres bei ihnen die Möglichkeit eines Versuches annehmen könnten. Denn es treten uns innerhalb der Verbrechensklassen, auf die wir jetzt unsere Aufmerksamkeit zu lenken haben, die verschiedensten Verbindungen entgegen. Bald verhält sich die verbotene Handlung zum consummirten Delikt wie Ursache zu Wirkung, bald wie Mittel zu Zweck, bald wie Motiv zu Folge. Es entsteht somit die Frage nach der Beschaffenheit des Erfolges, an den wir zu denken haben, wollen wir das, worauf der Sprachgebrauch hindeutet, für unsere

Wissenschaft verwerthen. Ist es die Kategorie der Delikte, welche der Mord, oder die, der Raub oder die, welcher der Betrug angehört, der uns die Art des Erfolges aufweist, welche der verbrecherische Versuch seiner Natur nach erfordert? Wäre es schon von vornherein willkürlich, wollten wir auf gut Glück unsere Wahl treffen, so würden wir überdies übersehen, dass wir vielleicht noch gar nicht das Gebiet richtig abgesteckt haben, auf dem wir uns nach dem Begriff, auf den es uns ankommt, umzuthun haben.

In dieser Verlegenheit habe ich geglaubt, wie folgt procediren zu müssen. Ich habe mir gesagt: giebt es überhaupt ein Verbrechen, das die Möglichkeit des Versuches zulässt, so ist dies der Mord. Nicht blos der Sprachgebrauch steht uns in dieser Voraussetzung zur Seite, sondern auch die Uebereinstimmung der gesammten Litteratur und Praxis aller Culturstaaten. Niemals ist hierüber auch nur der leiseste Scrupel aufgetaucht, im Gegentheil möchte ich behaupten, dass kaum ein Commentar, ein Lehrbuch, eine Monographie, eine Abhandlung oder auch nur ein Aufsatz existirt, worin ein Thema aus dem Versuchsgebiet erörtert wird, ohne dass darin das Verbrechen der Tödtung einen ganz hervorragenden Platz einnähme. Gelingt es uns daher die Beschaffenheit des Erfolges, auf den es im Sinne des Criminalrechts ankommen soll, hier zu ermitteln, so wäre damit die Gruppe der Verbrechen gefunden, in der wir den Begriff des Versuches zu suchen haben.

Nahe liegt dabei die Annahme, dass das Verhältniss von Ursache und Wirkung dem zwischen der verbrecherischen Handlung und dem vollendeten Morde entspricht. Binding formulirt die Norm, an die wir hier zu denken hätten, geradezu dahin: „Ihr sollt nicht die Ursache zu einem Tode erzeugen.“ [18] Würde aber der Gesetzgeber seine Strafvor-

[18] Binding: die Normen und ihre Uebertretungen Bd. I S. 41. Zur Vermeidung von Missverständnissen bemerke ich übrigens, dass ich in den Normen selbständige Rechtssätze unabhängig von den an ihre Uebertretungen geknüpften Rechtsfolgen nicht anzuerkennen vermag.

schrift in diesem Gewande erlassen, so würde er sich sehr bald von deren Unhaltbarkeit überzeugen. Man mag allenfalls geneigt sein, von demjenigen, welcher mit eigener Hand den Schlag führt, der ein Menschenleben vernichtet, zu behaupten, dass er dessen Tod verursacht habe; man wird aber Bedenken tragen, dies zu thun, sofern eine Naturkraft die Verbindung zwischen dem, was geschehen ist, und dem, was geschehen sollte, herstellt. Der Wärter einer Menagerie, der den Käfig des Löwen öffnet, um sich in bestialischer Lust das Schauspiel der Zerfleischung eines Menschen zu bereiten, würde zwar, wenn der Ausgang seiner Absicht entspräche, einer Anklage wegen Mordes nicht entgehen, aber nicht in seiner Handlungsweise, sondern in deren Folgen läge die Ursache, die den Tod eines Menschen herbeigeführt hat. Ganz ebenso verhält es sich, wenn Jemand aus einer Schiffsbrücke ein Zwischenglied entfernt und dadurch die Wirkung erzielt, dass ein Wanderer in der Nacht in den Fluss hineinstürzt und in den Fluthen seinen Tod findet. Weder werden die Sachverständigen dort den Umstand, dass ein reissendes Thier in Freiheit gesetzt, noch hier den, dass die Passage unterbrochen worden ist, als die Ursache bezeichnen, an der der Verletzte gestorben ist. Wir wären weiter nicht in der Lage denjenigen wegen Mordes zu bestrafen, dessen Schuss etwa nur die Spitze der Lunge berührt und den Tod nicht zur Folge gehabt hätte, wäre nicht hinterdrein eine Infektion des Blutes durch Aufnahme septische Fäulniss erregender Wundsekrete entstanden.[19] Nicht die traumatische Pneumonie, sondern das, was wir im vulgären Leben mit Brand zu bezeichnen pflegen, würden wir als Ursache des Todes anzusehen haben. Die Theorie sah sich daher genöthigt, durch Aufstellung von zwei Sätzen dem Bedürfniss der Praxis zu

[19] Ein solcher Verlauf des Causalzusammenhanges ist in der Praxis keine Seltenheit. Ich habe selbst in einer Schwurgerichtsverhandlung als Offizialvertheidiger fungirt, in der m. E. der Angeklagte unter den obwaltenden Umständen ganz zutreffend wegen Mordes zum Tode verurtheilt worden ist.

entsprechen. Sie lehrte: caussa caussati est caussa[20] und sie verwarf weiter den von der alten Schule gelehrten Unterschied zwischen vulnera absolute et non absolute lethalia, in abstracto et in concreto, per se et per accidens lethalia etc.[21] Ich kann hierin nur einen Nothbehelf sehen. Sollen wir die Ursache einer Ursache wiederum als Ursache auffassen, so kommen wir zu dem sinnlosen Resultate, entweder den Tod auf zwei Ursachen oder gerade auf die zurückführen zu müssen, die ihn nicht bewirkt hat. In gleicher Weise können wir zwar, wenn wir zwischen den Arten der Wunden nicht unterscheiden, allenfalls dazu gelangen, eine Todesursache da anzunehmen, wo sie uns sonst fehlen würde, aber immerhin bliebe die auffallende Erscheinung unaufgeklärt, weshalb der Jurist befugt ist, sie in einem Umstande zu finden, von dem ihm der zu Rathe gezogene medizinische Experte sagt, dass er sie in ihm nicht zu suchen hat. Meiner Ansicht nach hat man sich auch hier begnügt, die Consequenzen eines fehlerhaften Begriffes zu verbessern, anstatt diesen selbst anzugreifen. Nicht auf das Verhältniss von Ursache und Wirkung, sondern auf das von Grund und Folge kommt es, wie mir scheinen will, bei dem Verbrechen der Tödtung juristisch an. In den von uns gewählten Beispielen ist der Thäter nicht zur Verantwortung zu ziehen, weil seine Handlung die Ursache zur Vernichtung eines Menschenlebens war, sondern weil sie zu ihr den Grund gelegt hat.

Den Unterschied zwischen beiden Begriffen sehe ich aber darin, dass die Ursache eine Veränderung schafft, der Grund nur ihren Eintritt ermöglicht. Aus der Ursache geht daher die Wirkung mit Nothwendigkeit hervor, während die Folge aus dem Grunde nur entspringen kann. Nun gehören aber die Begriffe der Nothwendigkeit und der Mög-

---

[20] Pützer: Zur Lehre vom Causalzusammenhange im Gerichtssaal pro 1875 S. 557. Binding a. a. O. Bd. II S. 199.

[21] Heffter: Lehrb. des gem. deutsch. Crim.-R. § 231 S. 186 Note 10. Berner: Lehrbuch S. 456 Note 2. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 67. Meyer: Lehrb. S. 179.

lichkeit nicht der Wirklichkeit, sondern der Abstraktion an. Die Nothwendigkeit drückt die Unmöglichkeit des Eintritts oder des Ausbleibens einer Veränderung in abstracto aus, die Möglichkeit bildet dazu den Gegensatz nach der einen und anderen Richtung. Unter Grund werden wir daher den Umstand zu verstehen haben, der eine Veränderung in abstracto hervorrufen kann, unter Ursache den, der sie hervorrufen muss.

Bei dem Verbrechen des Mordes verhält sich mithin die verbrecherische That zum vollendeten Verbrechen jeder Zeit wie Grund zur Folge. Welche Wege man auch immer einschlagen mag, um ein Menschenleben zu vernichten, man kann den Tod nicht schaffen, sondern nur dessen Eintritt ermöglichen. Es könnte uns entgegengehalten werden, dass man durch Enthaupten, Erwürgen, Ertränken etc. die beabsichtigte Veränderung mit mathematischer Genauigkeit erreicht, allein nur scheinbar wäre der Einspruch begründet. Mit jenen Ausdrücken wird nicht die Fähigkeit bestimmter Prozeduren, den Tod zu erzeugen, ausgedrückt, sondern deren Wirksamkeit im conkreten Falle bezeichnet. Wir überzeugen uns aber von der Unzulässigkeit der herrschenden Lehre die verbrecherische Handlung als Ursache des Todes zu betrachten, noch von einem zweiten Gesichtspunkt aus. Ist das Verhältniss von Ursache und Wirkung ein nothwendiges, so müsste, wenn die verbrecherische Handlung die Ursache enthielte, die That die Wirkung in sich schliessen. Wie mit dem Brechen eines Gegenstandes der Bruch eintritt, ganz ebenso müsste sich mit dem Schuss die Vernichtung des Lebens vollzogen haben. Die Handlung kann daher nur als Grund für eine Todesursache in Betracht kommen. Von diesem Standpunkt aus scheinen uns die Mittel, durch welche man die Folgen einer fehlerhaften Auffassung zu verbessern Bedacht nahm, entbehrlich. Den Satz „Ursache einer Ursache ist Ursache“ brauchen wir nicht, weil uns der Begriff des Grundes das naturgemäss leistet, was man durch das Surrogat ersetzen wollte, und der Unterschied zwischen den Arten der Wunden fällt zusammen, sobald

man es bei der Ursache belässt, welche die medizinische Wissenschaft als solche bezeichnet und juristisch nur Werth darauf legt, ob die Handlung die Verbindung mit ihr hergestellt hat.

Aus der Prämisse, von der wir ausgegangen sind, werden wir daher folgern müssen, dass der Erfolg, um dessen Ermittelung es uns zu thun ist, in dem Resultat eines Grundes besteht. Der Versuch wäre danach in allen Fällen denkbar, in welcher sich die verbrecherische Handlung zum vollendeten Delikt wie Grund zu Folge verhielte. Soll sich dieser Schluss hinterdrein als richtig bestätigen, so müsste der Versuch bei den Verbrechen ausgeschlossen sein, welche die Begehungsweise durch das Verhältniss von Grund und Folge unbedingt zurückweisen, er müsste bedingungslos bei denen vorkommen, welche sie ausnahmslos erfordern, und endlich bedingt bei denen, welche sie weder unbedingt zurückweisen noch unbedingt erfordern. Und so ist es in der That.

Bei den Verbrechen, bei denen sich die verbrecherische Handlung zum Thatbestand der Consummation wie Sein zu Werden verhält, haben wir die herrschende Ansicht, welche auch bei ihnen die Möglichkeit eines Versuches nicht bezweifelt, von verschiedenen Gesichtspunkten aus wiederholt bekämpft. Nunmehr sind wir erst in der Lage, unseren Widerspruch auf seinen inneren und letzten Grund zurückzuführen: das Verhältniss, welches den für den Begriff nöthigen Spielraum gewährt, geht den formalen Delikten ab. Wir haben weiter an früheren Stellen angedeutet, dass wir auch bei den Verbrechen, welche die Combination von Mittel und Zweck aufweisen, die Möglichkeit eines Versuches leugnen.[22] Dem indirekten Beweise, mit dem wir uns bisher, um nicht vorzugreifen, behelfen mussten, fügen wir nunmehr den direkten hinzu: Mittel und Zweck und Grund und Folge sind eben verschiedene Begriffe. Wem es noch schwer fallen sollte, sich von einem Versuch des Raubes und einem

[22] S. oben S. 78. 79. 87—89.

Versuch der Nothzucht loszusagen, den hoffen wir vollends im Weiteren zu überzeugen. Das Maass der Verirrungen und Verwirrungen, welche die italienische Doktrin verheerend angerichtet hat, ist mit dem, was wir bisher kennen gelernt haben, noch lange nicht erschöpft. Wir brauchen nur unser Gesetzbuch aufzuschlagen und wir überzeugen uns, dass überall da, wo die verbrecherische That sich zum vollendeten Delikt niemals wie Grund zu Folge verhalten kann, die Anwendung des Versuchsbegriffes ausgeschlossen ist. Bricht man mit der Verwechslung von voluntas sceleris und conatus delinquendi einer- und der Identificirung von dolosem Anfang und Versuch andererseits, so fürchten wir keinen Widerspruch, wenn wir zum Nachweis der Richtigkeit unsere Behauptung die Aufforderung zum Hochverrath (§ 85), den Landesverrath in den Fällen der §§ 87. 88, die Beleidigung des Landesherrn, sofern nicht die Thätlichkeit den Charakter der Körperverletzung annimmt (§§ 94—98), den Widerstand gegen die Staatsgewalt (§§ 110—113), den Aufruhr (§ 115), den Auflauf (§ 116), den Hausfriedensbruch (§ 123), die unbefugte Bildung bewaffneter Haufen (§ 127), die Theilnehmer an einer verbotenen Verbindung (§ 128), den Missbrauch des geistlichen Amtes (§ 130), die Schmähung von Staatseinrichtungen (§ 131), die unbefugte Anmaassung eines öffentlichen Amtes (§ 132), das Vorbringen unwahrer Entschuldigungsgründe Seitens eines Zeugen, Geschworenen oder Schöffen (§ 138), die Verletzung der Wehrpflicht (§ 140) aus der grossen Zahl der Delikte, mit denen wir noch weiter exemplificiren könnten, herausgreifen.

Das entgegengesetzte Bild bieten die Verbrechen dar, bei denen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt niemals anders wie Grund zu Folge verhalten kann. So viele Wege es auch immer geben mag, welche zum Ziele zu führen versprechen: die Möglichkeit des Gelingens und des Misslingens tritt uns überall entgegen. Ueberall ist damit die Alternative zwischen Versuch und Vollendung von selbst gegeben. Wir überzeugen uns hiervon, wenn wir uns die Delikte näher betrachten, welche das Verhältniss

von Grund und Folge in ganzer Reinheit aufweisen. Dies ist beispielsweise bei der Befreiung eines Gefangenen aus der Macht desjenigen, dessen Obhut er anvertraut ist, der Fall (§ 120). Wie man auch immer procediren mag, um die Absicht zu verwirklichen, der Thatbestand der Vollendung verhält sich zur verbrecherischen Handlung mit Nothwendigkeit wie die Folge zu ihrem Grunde. Zugleich sehen wir aber auch, dass jede Begehungsweise, durch welche der Erfolg angestrebt wird, die Chancen des Gelingens und Misslingens in sich trägt. Man mag mit brutaler Gewalt vorgehen, oder zum Manoeuvre der List greifen oder zu Betäubungsmitteln seine Zuflucht nehmen: die Alternative eines günstigen und ungünstigen Ausganges tritt uns allemal entgegen. Der angewendeten Gewalt kann die überlegene Kraft, der versuchten Narkotisirung die kräftigere Constitution, der beabsichtigten Täuschung die grössere Vorsicht einen unverhofften Widerstand leisten. Nur wenn man sich durch den Sprachgebrauch verleiten lässt, mit einem Ausdruck zu operiren, welcher den Erfolg als eingetreten bezeichnet, würde man zu einer abweichenden Auffassung kommen, damit würde man aber auch den Boden der Möglichkeit verlassen und den der Wirklichkeit beschreiten. Nur auf jenem Gebiete liegen die beiden Alternativen, auf die es uns ankommt, auf diesem ist die eine bereits zur Existenz und damit ihr Gegentheil von selbst zur Deficienz gelangt. Aber damit haben wir noch lange nicht den Kreis der Begehungsweisen, durch welche das in Rede stehende Delikt zur Consummation gebracht werden kann, abgeschlossen. So viele Möglichkeiten vorhanden sind, die Folge herbeizuführen, soviel Thüren sind dem Verbrecher geöffnet, seine Absicht zu verwirklichen. Innerhalb dieser Grenzen ist er unbeschränkt in der Wahl seiner Mittel. Von seinem Belieben hängt es ab, ob er es vorzieht, anstatt auf die Arten, die wir bisher betrachtet haben, die Befreiung eines Gefangenen dadurch zu bewirken, dass er einen dressirten Hund auf den Beamten hetzt, der ihn in seinen Bewegungen hindert, oder dadurch, dass er ihm mittelst eines elektrischen

Schlages die momentane Besinnung raubt oder dadurch, dass er den Selbstverschluss eines Thores in dem Momente herbeiführt, in welchem der Gefangene es passirt hat und der Transporteur im Begriff steht, ihm zu folgen. Aber auch hier begegnet uns wieder die Erscheinung, die wir bereits zu beobachten Gelegenheit hatten: überall sehen wir der Möglichkeit des Gelingens die Möglichkeit des Misslingens gegenüberstehen. Der Angriff des Hundes kann parirt werden, die elektrische Leitung kann versagen, der Verschluss des Thores kann einen Augenblick zu spät erfolgen. Der Gesetzgeber erschwert sich daher seine Aufgabe ohne Noth, wenn er einzelnen Begehungsweisen seine besondere Aufmerksamkeit zuwendet:[23] mit dem Verbot der Folge sind mit einem Schlage alle Handlungen, welche sie hervorrufen, von selbst unter die Strafsanktion gestellt.

In der Mitte zwischen den beiden Arten der bisher besprochenen Delikte, von denen die eine das Verhältniss von Grund und Folge nie, die andere es immer aufweist, stehen diejenigen, die es nur zulassen — eine Erscheinung, die uns nur die Verbrechen bieten, deren Consummationsmerkmal in einer Wirkung besteht. Erfordert nämlich jede Wirkung zwar eine Ursache, nicht aber jede Ursache einen Grund, um zur Existenz zu gelangen, so geht daraus hervor, dass die Duplicität der Begehungsweise nur dann vorkommen kann, wenn der Thatbestand des Verbrechens sich in doppelter Form herstellen lässt: bald durch das Verhältniss von Ursache und Wirkung, bald durch das von Grund und Folge. Um eine Wirkung zu produciren giebt es mit anderen Worten zwei Wege: der eine lehrt die Ursache schaffen, aus der sie hervorgehen muss, der andere einen Grund für die Ursache setzen, der sie hervorrufen kann. Handelte es sich

[23] So hebt z. B. der § 239 R.-Str.-G. bei der Freiheitsberaubung „die Einsperrung“ hervor. Deshalb hat der Gesetzgeber sich genöthigt gesehen noch hinzuzufügen „oder auf andere Weise.“ Die hervorgehobenen Worte könnten getrost gestrichen werden, ohne dass dadurch der Thatbestand die geringste Alteration erlitte.

beispielsweise um eine Sachbeschädigung, die im Abschneiden junger Obstbäume besteht, so dürfte es keinem Bedenken unterliegen, dass wir jene, handelte es sich dagegen um eine solche, die durch die Zertrümmerung einer Scheibe mittels eines Steinwurfes verübt worden ist, dass wir diese Combination als vorliegend anzunehmen haben. Dort enthält die Handlung die Ursache der Wirkung, die mit der That eintritt. Hier hat das Schlendern eines festen Körpers nach einem zerbrechlichen Gegenstand nicht die Zerstörung producirt, sondern nur die Existenz einer Ursache ermöglicht und eben damit die den bestehenden Zustand bedingende Cohäsion der Theile unter einander beseitigt. Vielleicht machen wir uns durch ein anderes Beispiel noch klarer. Der § 90 R.-St.-G. bestraft als Landesverrath — die darin vorhergesehenen sonstigen Merkmale des Thatbestandes vorausgesetzt — unter Anderem die Zerstörung von Kriegsmaterial, von Transportmitteln, von Bauten. Würde Jemand die Pfeiler einer Brücke zersägen, so würde seine That die Wirkung in sich schliessen. Das Verhältniss von Ursache und Wirkung wäre somit unleugbar vorhanden. Würde dagegen ein Anderer Kriegsmaterial in der Weise vernichten, dass er die die Waggons festhaltenden Stricke löst, so dass die Fahrzeuge einen Berg herunter rollen und vermöge des Gesetzes der Schwere sammt ihrem Inhalt in Trümmer gehen, so würde zu Tage treten, dass in seiner That nicht die Wirkung, sondern der Grund liegt, welcher die beabsichtigte Zerstörung hervorgerufen hat.

Irrig wäre nun aber die Annahme, dass alle Verbrechen, die eine Wirkung zu ihrem Thatbestand erfordern, die doppelte Begehungsweise zulassen. Bald ist es nothwendig, dass der Verbrecher im Verhältniss von Grund und Folge vorgeht, um die Wirkung zur Entstehung zu bringen, bald ist er darauf angewiesen, die Ursache zu schaffen, wenn er zu ihr gelangen will, bald hat er die Wahl zwischen der einen und andern Alternative. Jenes ist der Fall, wenn es sich um eine Veränderung handelt, von der die Schaffung der Ursache ausserhalb der menschlichen Machtsphäre liegt.

Der Mord wird daher stets nur auf dem ersten der beiden bezeichneten Wege verübt werden können. Leben und Tod zu erzeugen, hat sich die Natur vorbehalten. Dieses ist der Fall, wenn es uns an den Mitteln gebricht, die Nothwendigkeit in Möglichkeit umzusetzen. So lange die Chemie uns nicht lehrt, den Text eines Schriftstückes, anstatt durch das Verhältniss von Ursache und Wirkung durch das von Grund und Folge zu verändern, kann die Fälschung nicht anders begangen werden, als dadurch, dass die That die Wirkung enthält, welche den Thatbestand des Verbrechens erfüllt. Mit dem Moment, in welchem sie uns ein Mittel an die Hand giebt, ein geschriebenes Wort für das Auge unkenntlich zu machen, wäre damit der bis dahin noch unbekannte zweite Weg, die Wirkung ins Leben zu rufen, eröffnet. Damit wäre aber auch zugleich der Versuch geboren. Bis dahin wäre, wenn die Fälschung der Urkunde begonnen hat, das Delikt begonnen, wenn sie beendet ist, das Delikt beendet; zur Annahme eines Versuches gelangen wir somit auf keinen Fall. Ganz anders würde sich die Sache verhalten, wenn wir uns die Entdeckung der Chemie zu Nutze machen. Würden wir das von ihr uns an die Hand gegebene Mittel anwenden, um eine Veränderung im Text eines Dokuments herbeizuführen, so würden wir, sobald der Grund die beabsichtigte Folge nicht hervorruft, die Erscheinung des Versuchs vor unseren Augen sehen. So kann eine Begehungsweise, die wir heute für ausgeschlossen halten, schon am folgenden Tage dem Bereiche der Möglichkeit angehören. Was heut durch Ursache und Wirkung erzielt wird, kann morgen durch Grund und Folge erreicht werden. Das Gebiet des Versuches ist somit in dem Maasse ausdehnbar, in welchem die Naturwissenschaften uns neue Wege eröffnen, anstatt unmittelbar durch die Ursache mittelbar durch den Grund die Wirkung herbeizuführen, die das Gesetz als mit den Rechtsinteressen collidirend ansieht. Die doppelte Begehungsweise ist daher nur dann denkbar, wenn einerseits die Vorsehung dem Menschen in seinem Schaffen nicht Schranken auferlegt und andererseits die Wissenschaft

die ihm verliehene Schöpfungsbefugniss dahin erweitert hat, dass sie ihm neben der Bahn, auf der er produciren muss, die erschliesst, auf der er produciren kann.

Der Versuch der Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in dem Eintritt einer Wirkung besteht, ist somit insofern complicirter, als mit dem Verhältniss von Grund und Folge das von Ursache und Wirkung conkurrirt. Indess ist diese Erschwerung mehr von theoretischer als von praktischer Bedeutung. Da nämlich mit der Ursache die Wirkung von selbst gegeben ist, so geht daraus hervor, dass wir berechtigt sind, das Mittelglied zu ignoriren und das Verhältniss von Grund und Folge als ausschliesslich vorhanden anzunehmen. Dadurch ist es möglich, etwaige Bedenken, ob wir es mit der Combination von Grund und Folge in seiner Reinheit oder in seiner verwickelteren Gestaltung zu thun haben, auf sich beruhen zu lassen. Würden wir beispielsweise in einzelnen Fällen der Brandstiftung in Ungewissheit sein, ob jenes oder dieses Verhältniss vorliegt; darüber, dass die Veränderung in der Sinnenwelt die Folge der That ist, können wir Zweifel nicht hegen. Dies genügt, um die Möglichkeit eines Versuches mit Bestimmtheit zu versichern. Demgemäss leiten wir aus unseren bisherigen Erörterungen folgende drei Fundamentalsätze ab:

1. *Die Verbrechen, bei welchen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt niemals wie Grund zu Folge verhalten kann, weisen den Versuch bedingungslos zurück.*
2. *Die Verbrechen, bei welchen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt stets wie Grund zu Folge verhalten muss, lassen ihn bedingungslos zu.*
3. *Die Verbrechen, bei welchen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt wie Grund zu Folge verhalten kann, lassen den Versuch bald zu, bald weisen sie ihn zurück; sie lassen ihn zu, sofern sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt wie Grund zu Folge verhalten haben würde, sie weisen ihn zurück, sofern die entgegengesetzte Voraussetzung zutrifft.*

Es sind somit diejenigen, welche der Wahrheit insofern

näher getreten sind, als sie wenigstens beim beendigten Versuch auf das Erforderniss des Erfolges zu sprechen kommen, immerhin noch nach drei Richtungen hin fehl gegangen.

Zunächst haben sie Erfolg und Wirkung als unbedingt verschiedene Begriffe behandelt, während wir nur sagen können, dass sie das sein können, nicht aber, dass sie dies sein müssen. Sie fallen zusammen, insoweit die Wirkung durch das Verhältniss von Grund und Folge hergestellt wird, sie fallen auseinander, insoweit entweder die Ursache ohne Hilfe eines Grundes die Wirkung ins Leben ruft oder die Folge ohne Hilfe einer Ursache entsteht. Indem man nur die Verschiedenheit sah und die Gleichheit ignorirte, erwuchs daraus der Missstand, dass man sich über die Begriffe, mit denen man hier operiren wollte, keine Klarheit zu schaffen vermocht hat. Wenn Brackenhöft[24] die Verbrechen, bei denen nach seiner Ansicht allein von einem delictum perfectum die Rede sein soll, dahin charakterisirt, dass bei ihnen die Vollendung noch eine Fortentwickelung der Handlung nach Beendigung der Thätigkeit des Urhebers erfordert, so verkennt er die Verschiedenheit von Handlung und That. Sofern er daher der Ansicht ist, dass mit der Handlung noch nicht die Veränderung eingetreten ist, welche er als Erfolg bezeichnet, hätte er mit ihm die Wirkung identificiren müssen. Bedarf die Wirkung einer Ursache, um sich zu entwickeln, so leuchtet ein, dass die Handlung, auf die ihre Entwickelung zurückzuführen ist, ihr der Zeit nach vorangegangen sein muss, mögen wir dies auch mit unseren Körperorganen zu constatiren nicht in der Lage sein. Sofern er dagegen dem Gedanken Ausdruck giebt, dass die That erst jene Veränderung nach sich zieht, ignorirt er, dass der Erfolg und die Wirkung sich decken müssen, wenn die Folge in einer Ursache besteht. Krug verbessert Brackenhöft dahin, dass er von einem von der Handlung

[24] Brackenhöft: Ueber das misslungene Verbrechen im N. Arch. des Crim.-R. pro 1847 S. 69 Note 4.

sich absondernden, dem Zufall preisgegebenen Erfolge spricht.[25] Allein der Begriff des Erfolges gehört der Wirklichkeit, nicht der Abstraktion an. Von ihm kann daher nur die Rede sein, wenn der Causalzusammenhang sich gebildet hat. Jeder Zufall, der störend auf das Verhältniss von Grund und Folge einzuwirken vermöchte, ist damit von selbst beseitigt. Nehmen wir aber auch an, dass Krug den Bereich der Möglichkeit nicht hat verlassen wollen, so würde er damit eine Verschiedenheit von Folge und Wirkung lehren, die wir nicht unbedingt zuzugestehen in der Lage sind. Ebensowenig vermögen wir Schwarze zuzustimmen, wenn er den Erfolg als ein nach den gewöhnlichen Naturgesetzen zu erwartendes Ereigniss definirt.[26] Weder vermögen wir einen Unterschied zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Naturgesetzen anzuerkennen, noch will es uns einleuchten, weshalb danach nicht die unbedingte Synonymität von Wirkung und Erfolg behauptet wird. Unterliegt doch das Verhältniss von Ursache und Wirkung nicht minder unabänderlichen Gesetzen der Natur wie das von Grund und Folge.[27] Endlich sind wir der Meinung, dass wir auch durch Berner nicht den gewünschten Aufschluss erlangen, wenn er unter Erfolg „das Ganze, den verkörperten Gedanken, das Ergebniss, in welchem sich die Folgen zur Einheit zusammenschliessen“ versteht.[28] Bei ihrer Unbestimmtheit passt die ganz gleiche Charakteristik nicht minder auf die Verbrechen, welche nur durch das Verhältniss von Ursache und Wirkung begangen werden können, wie auch auf diejenigen, welche einen Complex von Handlungen erfordern, ohne dass bei ihnen von einem beendigten Versuch die Rede sein soll.[29]

---

[25] Krug a. a. O. S. 35 Note 94.

[26] Schwarze: Commentar S. 131.

[27] Im Gegentheil kommt das Verhältniss von Grund und Folge vielfach vor, ohne den Gesetzen der Natur unterworfen zu sein, z. B. beim diplomatischen Landesverrath im Fall des § 92 No. 3.

[28] Berner a. a. O. Gerichtssaal pro 1865 S. 102.

[29] z. B. Bigamie, Hochverrath.

Der zweite Fehler, den wir zu registriren haben, besteht darin, dass man das delictum perfectum entweder zu weit oder zu eng gefasst hat. In jene Alternative ist Zachariae hineingerathen, in diese die übrige Zahl der Rechtslehrer, welche bei den s. g. formalen Verbrechen[30] die Möglichkeit eines beendeten Versuches bestritten.

Zachariae zählt nämlich unter den Delikten, deren Thatbestand einen Erfolg erheischt, den Mord, den Todtschlag, die beabsichtigte schwere Körperverletzung, die Abtreibung der Leibesfrucht und die Brandstiftung auf.[31] Augenscheinlich hat er damit die Verbrechen, bei denen der Versuch seine complicirtere Gestaltung annimmt, treffen wollen.[32] Demgemäss ist er nach zwei Richtungen hin unvollständig. Er übergeht einmal die Delikte, welche das Verhältniss von Grund und Folge in seiner Reinheit auffassen, und sodann diejenigen, welche eine doppelte Begehungsweise zulassen. Bei den einen wie den anderen springt aber das delictum perfectum nicht minder scharf, wie bei den von Zachariae namentlich hevorgehobenen Verbrechen hervor. Bei der Freiheitsberaubung (§ 239), bei der Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288), bei der Störung des Telegraphendienstes (§ 317), bei der Herbeiführung der Strandung oder des Sinkens eines Schiffes (§ 323), bei der Störung des Gottesdienstes (§ 167), beim einfachen Diebstahl (§ 242) u. s. w. und bei allen Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in einer Wirkung besteht, ohne dass sie das Verhältniss von Grund und Folge ausschliessen, lassen sich Prozeduren denken, in denen ein s. g. délit manqué zum Vorschein

[30] Den Unterschied zwischen den formalen und materialen Verbrechen, an den ich bisher habe anknüpfen müssen, um meinen Standpunkt gegenüber der herrschenden Versuchslehre klar zu legen, gebe ich nunmehr auf. Nur in Ermangelung geeigneter Ausdrücke habe ich mich im Vorangegangenen der Bezeichnungen bedient, welche die heutige Wissenschaft mit Recht als unklar verwirft.

[31] Zachariae: in Goltdammers Arch. Bd. III S. 174 Note 2.

[32] Damit stimmt freilich nicht überein, dass er das del. perf. nur bei den formalen Verbrechen in Abrede stellt cf. Note 12.

kommt. Würde Jemand einen Anderen in der Weise der Freiheit zu berauben beabsichtigen, dass er im Fussboden eine Versenkung anbringt, die sich in dem Moment niederlässt, in der man sie betritt, so brauchten wir nur den Fall zu fingiren, dass der Mechanismus seine Funktion in dem Augenblick erfüllt, in welchem ein rechtzeitiges Zurückspringen die List des Thäters zu Schanden macht — und eine dem Fehlschuss analoge Erscheinung träte zu Tage. Ganz ebenso verhielte es sich mit der zweiten Kategorie der unberücksichtigt gebliebenen Delikte. Nehmen wir an, es handelte sich um die Zerstörung eines Dammes (§ 321). So lange die Schaufel als Werkzeug dient, wäre der Versuch, und damit auch der beendete Versuch nicht construirbar. Würde dagegen die Sprengung mit Glycerin intendirt sein, so würden wir, sobald der hineingeleitete elektrische Funke die Explosion erzeugt, ohne den Damm zu beschädigen, das delictum perfectum zu beobachten Gelegenheit haben.

Bedurfte es hier nach zwei Richtungen hin der Vervollständigung, so ist der communis opinio gegenüber nach zwei Richtungen hin eine Verengung des Gebietes erforderlich. Einmal schliessen nicht nur die formalen Verbrechen, sondern alle Delikte, welche das Verhältniss von Grund und Folge zurückweisen, die Annahme eines Versuches unbedingt und sodann weiter diejenigen, welche eine doppelte Begehungsweise zulassen, bedingt aus. In jener Beziehung möchte ich mit der Partirerei, in dieser nochmals mit der Sachbeschädigung exemplificiren. Wenn dort unter Anderem der Ankauf von unredlich erworbenem Gute hervorgehoben wird (§ 259), so mögen wir zweifeln, ob wir darunter den Abschluss des Vertrages mit oder ohne hinzutretende Tradition zu verstehen haben.[33] Wie aber auch

[33] cf. Oppenhoff: Commentar zu § 259 Note 17. 18. Schwarze: Commentar S. 653. Das Civilrecht ist hier nicht immer entscheidend. So möchte ich annehmen, dass die Lex Fabia de plagariis, obwohl das römische Recht, abweichend vom preussischen Gesetze, Lasten und

unsere Entscheidung ausfallen mag, wir haben nur die Wahl den Thatbestand als erfüllt zu bejahen oder zu verneinen. In dem einen wie anderen Falle wäre die Annahme eines Versuches, geschweige denn eines beendigten Versuches ausgeschlossen. Bei der Sachbeschädigung haben wir dagegen bereits gezeigt, dass wir, je nachdem der Thäter den einen oder anderen Weg einschlägt, bald auf einen Fall stossen, in welchem sich die Annahme eines Versuches von selbst verbietet, bald wieder auf einen solchen, in dem wir an der Möglichkeit eines Versuches zu zweifeln keine gegründete Veranlassung haben.[34] Ich will deshalb hier nur noch ein Beispiel anführen, bei welchem ich nicht ohne Schwierigkeiten zur eignen Klarheit gelangt bin. Nehmen wir an, dass der eine Thäter das Kleid einer Dame durch einen Schnitt mit einem Messer, der andere durch Begiessen mit Vitriol beschädigen wollte, und dass der eine ergriffen würde in dem Moment, in welchem er seinen Arm ausstreckt, um seinen Entschluss auszuführen, der andere in dem, in welchem der Inhalt des Fläschchens, anstatt den Stoff zu berühren, das Strassenpflaster benetzt. Jenen würde ich straffrei ausgehen lassen, diesen wegen Versuches bestrafen. Stellen wir uns auf den Standpunkt der Vollendung, so würde im ersteren Falle das Verhältniss von Ursache und Wirkung, im letzteren das von Grund und Folge hervortreten. Den Stich können wir nicht als Grund ansehen, weil wir alsdann die Zerstörung des Gewandes als Ursache betrachten müssten, und wir daher zur Annahme einer Ursache ohne Wirkung kämen. Das Begiessen können wir nicht als Ursache auffassen, da wir

---

Nutzungen mit der Perfektion des Vertrages auf den Käufer übergehen lässt, mit den Worten „qui emerit hominem liberum“ die hinzutretende Tradition verlangte. cf. L. 4. D. 48. 15. und Luden a. a. O. S. 143. 144. A. M. Mittermaier: N. Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 6, der die Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches für unbedingt massgebend erklärt.

[34] Ich exemplificiere mit der Sachbeschädigung, weil von ihr nicht bezweifelt worden ist, dass sie den Versuch bedingungslos zulässt. cf. Leuthold a. a. O. S. 184.

alsdann in dem Bespritzen des Kleides die Wirkung zu sehen haben würden, während wir wissen, dass der Schaden erst hieraus entspringt. Daraus ergiebt sich, dass wir, wollten wir den ersten Thäter zur Verantwortung ziehen, in die Verwechselung von voluntas sceleris und conatus delinquendi verfallen würden, und dass wir, wollten wir den letzteren von Strafe verschonen, die der Verursachung vorangehenden Akte für bedeutungslos erklären müssten. Damit würden wir aber verkennen, dass zwei Wege offen stehen, eine Wirkung zu erzeugen: die Möglichkeit und die Nothwendigkeit.

Der dritte Fehler, der uns zur Besprechung noch übrig bleibt, ist der schwerwiegendste. Hatte man nämlich einmal die Ueberzeugung gewonnen, dass der beendigte Versuch nur bei den Verbrechen vorkommen kann, deren Thatbestand einen Erfolg erfordert, so verbot es sich von selbst darunter bald eine Wirkung, bald die Erreichung eines Zweckes, bald eine Handlung, welche ein von einem Dritten erzeugtes Motiv ins Leben gerufen hat, zu verstehen. Waren Zachariae, Berner, Lamm, Leuthold u. A. m. der Ansicht, dass das delictum perfectum nur bei einem Verbrechen wie der Mord denkbar sei, so hätten sie sich sagen müssen, dass es damit von selbst für diejenigen Delikte in Wegfall komme, bei denen der Erfolg in einer abweichenden Bedeutung aufzufassen ist. Ein Merkmal hört auf, das genus zu charakterisiren, wenn man mit ihm einen Sinn verbindet, der auch auf andere genera zutrifft. Indem man dies verkannte, sprach man von einem beendigten Versuch ebenso bei der Brandstiftung, wie beim schweren Diebstahl, wie beim Betruge.[35] Der Erfolg hatte bald diese, bald jene Eigenthümlichkeit und verlor damit die Fähigkeit, ein Merkmal abzugeben. Wäre man consequent vorgegangen, so hätte man gemäss der Verschiedenheit, in welcher man den

[35] cf. Zachariae a. a. O. (Versuchslehre) Bd. II S. 251—257 und in Goltdammers Arch. Bd. V S. 292 fg. Berner: im Gerichtssaal pro 1865 S. 92. 112. Lamm a. a. O. S. 147. Leuthold a. a. O. S. 184.

Ausdruck brauchte, entweder dem entsprechend verschiedene Arten des beendigten Versuches statuiren müssen — und der einheitliche Begriff war damit zerschlagen, oder den heterogenen Deliktsarten das gemeinschaftliche Merkmal der mangelnden Vollendung beilegen müssen — und der Versuch der s. g. formalen Verbrechen war damit von Neuem geboren.

Damit wäre das Operationsfeld abgesteckt, zugleich aber auch die schwierigste Partie der Aufgabe, die wir uns gestellt haben, überwunden. Der Satz nämlich, dass nur das Verhältniss von Grund und Folge den Spielraum gewährt, auf dem wir der Erscheinung des verbrecherischen Versuches begegnen können, giebt uns zugleich über dessen Wesen Aufschluss. Ist es dem Grunde eigenthümlich, dass er den Eintritt einer Folge, sie bestehe in einer Wirkung oder in einem anderen Ereigniss, ermöglicht, so kann die Versuchsthätigkeit der Fähigkeit, sie hervorzurufen, nicht entbehren. Eine That, welche die Folge mit Nothwendigkeit hervorruft, stände zu ihr im Verhältniss von Ursache zu Wirkung. Eine That, welcher die Unmöglichkeit innewohnt, sie zur Erscheinung zu bringen, wäre die Negation des Versuches. Für ihn bleibt somit nur eine That übrig, welche die Alternative des Gelingens und Misslingens in sich schliesst. Er ist daher nicht in seinem Charakter, sondern in seinen Folgen von dem vollendeten Verbrechen verschieden.[36] Je nachdem sich der abstrakte Grund in einen conkreten verwandelt oder nicht, tritt diese oder jene Deliktsform zu Tage. Ist der Boden fruchtbar, so geht die ausgestreute Saat auf, ist er unfruchtbar, so treibt sie keine

[36] Hierin liegt die Rechtfertigung der Bestrafung des Versuches von selbst. Sie zu begründen habe ich mir deshalb im folgenden § um so mehr ersparen zu können geglaubt, als über die Nothwendigkeit der Bestrafung des Versuches kein Zweifel besteht. Eine Handlung, die in abstracto die Existenz eines Rechtsgutes aufs Spiel setzt, ist sicher keine rechtlich indifferente. Non debet impunitus esse lusus tam perniciosus. L. 50 § 4 D. 47. 2. (de furtis).

Wurzeln, die in ihr wohnende Keimkraft aber wird dadurch nicht im Mindesten berührt. Bei gleicher Tauglichkeit, die Folge in abstracto zu erzeugen, bringt somit dieselbe Handlung bald die Vollendung, bald den Versuch zur Erscheinung, je nach der Gunst oder Ungunst der conkreten Verhältnisse, unter denen sie ins Leben tritt.

Es könnte hiergegen eingewendet werden, dass eine solche Anschauung zu absurden Resultaten führt; denn vergeblich würde man leugnen wollen, dass der Wurf einer Kartoffel gegen den Kopf eines Säuglings oder der Sturz eines neugeborenen Kindes in ein mit Wasser gefülltes Becken die Ursache zum Tode bewirken vermöchte, so dass nach meiner Theorie derjenige wegen Versuchs bestraft werden müsste, der mit einem erwachsenen Menschen die gleiche Prozedur vornimmt. Allein damit wäre nur scheinbar bewiesen, was bewiesen werden sollte. Wer unter Umständen handelt, unter denen er sich der Unmöglichkeit bewusst ist, den Grund für die Vernichtung eines Menschenlebens zu setzen, kann von einem ernstlichen Willen nicht durchdrungen sein. Man verändere nur ein wenig die Situation. Supponiren wir den Fall, dass ein Wegelagerer in einer ihm fremden Gegend einen Menschen beraubt und ihn sodann, um sich seiner zu entledigen, in einen Sumpf stösst, dessen Tiefe ihm unbekannt ist. Vielleicht wird man mir dann zugeben, dass wir es mit einem Mordversuch zu thun haben, selbst wenn das Wasser nicht die Knöchel desjenigen berührt, der lebend aus ihm nicht hinauskommen sollte. Umgekehrt beobachten wir jeden Tag in den Schwimmanstalten, wie ein Schwimmer den anderen hinterrücks in das Bassin stürzt. Man mag das Spiel loben oder tadeln, es beweist, dass das Bewusstsein von der Unmöglichkeit des Erfolges ausreicht, das als Scherz erscheinen zu lassen, was unter anderen Umständen das Gepräge eines schweren Verbrechens an sich tragen würde. Vielleicht noch mehr dürfte ein Beispiel aus dem Gebiete des error in objecto die Hinfälligkeit des Einwandes beweisen, der zu nahe gelegen und zu erheblich ist, als dass wir nicht im Voraus

auf seine Widerlegung eingehend Bedacht nehmen sollten. Würde Jemand das Bett, in welchem die Mutter liegt, mit dem, in welchem der Säugling schläft, verwechselnd, einen Gegenstand, der nicht schwerer zu sein braucht als das Gewicht einer Kartoffel, gegen den Kopf des Kindes schleudern, aber in Folge seines Irrthums den der Mutter treffen: eine unbedeutende Suggillation, um derenwillen mancher Arzt ein Attest auszustellen ablehnen würde, wäre ausreichend, die Anklage wegen Mordversuches zu rechtfertigen.[37]

Ich habe weiter mit dem Einwand zu rechnen, dass ich zu Unrecht die abstrakte Möglichkeit der abstrakten Unmöglichkeit gegenübergestellt habe. Nach Hertz und Lammasch würde ich damit einen logischen Fehler gemacht haben. Der erstere warnt uns nämlich, dem Sprachgebrauch, der hierzu Veranlassung biete, zu trauen, weil die Möglichkeit ebenso das Ausbleiben wie das Eintreten eines noch in der Zukunft liegenden Ereignisses bedeute, während die Unmöglichkeit die Gewissheit von dem Nichteintritt eines Ereignisses ausdrücke. Daraus folgert er, dass nicht die Möglichkeit, sondern die Unmöglichkeit in der Nothwendigkeit ihren Gegensatz habe.[38] Der Trugschluss, den Hertz hierbei macht, beruht auf einer falschen Bildung der Gegensätze. Der Gesammtheit der Bedingungen, welche den Erfolg gewährleisten, stellt er die Gesammtheit der Bedingungen, welche ihn ausschliessen, gegenüber, während die Negation des Ganzen den Theil, die Negation von Nichts — das Etwas bezeichnet. Demgemäss erklärt er: Der Gewissheit von dem Eintritt kann nur die Gewissheit von dem Ausbleiben eines Ereignisses entsprechen. Bezeichnet aber die Nothwendigkeit die Summe der Bedingungen, welche das

---

[37] Und zwar nach der herrschenden u. m. E. auch ganz richtigen Lehre wegen Mordversuchs der Mutter cf. Köstlin: N. Revision S. 279. Hälschner: System Bd. I S. 167. Bd. II S. 98—101. — Häberlin im Beilageheft des Gerichtssaals pro 1865 S. 36—54. Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. V S. 586. — Meyer: Lehrb. S. 166 u. a. m.

[38] Hertz a. a. O. S. 18.

Maass der einen Alternative erfüllt, so wird mit ihrer Vereinigung nur die Totalität geleugnet und damit nicht die entgegengesetzte Totalität, sondern nur ein aliquoter Theil der einen wie der anderen Masse als vorhanden zugestanden. Drückt umgekehrt die Unmöglichkeit die Deficienz einer jeden Voraussetzung aus, deren der Erfolg zu seiner Entstehung bedarf, so wird mit ihrer Negation nur die Existenz der einen oder anderen günstigen und damit von selbst auch der einen oder anderen ungünstigen Chance, nicht aber die Gesammtheit der günstigen Chancen affirmirt. Den Gegensatz zur Nothwendigkeit wie zur Unmöglichkeit bildet somit die Möglichkeit. Wir wollen uns durch ein Beispiel klar machen. Nimmt ein Arzt bei der Percussion und Auscultation eines Kranken den Complex der Symptome wahr, welche das Ableben bedingen, so wird er die Prognose auf den Tod stellen. Führt das Resultat seiner Untersuchung zu dem entgegengesetzten Resultat, so wird er nicht mit Hertz ohne Weiteres die Gefahr für beseitigt, sondern den Ausgang für ungewiss erklären.

Nicht minder tritt der Trugschluss nach der entgegengesetzten Richtung hin zu Tage. Daraus, dass es mit einem ungeladenen Gewehr unmöglich ist, Jemanden zu erschiessen, folgt nur, dass bei gegentheiliger Voraussetzung die eine oder andere Bedingung, von deren Gesammtheit der Eintritt des Todes abhängt, zur Existenz gelangt: Nur die Möglichkeit, nicht die Nothwendigkeit des Erfolges ist damit gegeben. Hertz aber müsste, wollte er den von ihm gebildeten Gegensatz aufrecht erhalten, den Tod als unausbleiblich bezeichnen. Dabei würde er aber verkennen, dass die Nothwendigkeit der einen Alternative sich mit der Unmöglichkeit der anderen deckt, dass mithin beide Ausdrücke dieselbe Sache von diametralen Gesichtspunkten aus bezeichnen. Darum ist es gleichgiltig, ob wir den Tod für nothwendig oder die Erhaltung des Lebens für unmöglich erklären. Die Nothwendigkeit muss daher, wenn sie materiell mit einer Unmöglichkeit zusammenfallen soll, auch ihrerseits in der Möglichkeit ihren Gegensatz finden.

Dafür hat aber auch Hertz das Missgeschick gehabt, mit seinen eigenen Waffen geschlagen zu werden. An einer späteren Stelle befreundet er sich nämlich mit dem Sprachgebrauch, dem er vorher den Krieg angesagt hat, und er erklärt deshalb bei der Anwendung eines untauglichen Mittels die Bildung des Causalzusammenhanges für unmöglich, bei der Anwendung eines tauglichen Mittels aber für möglich (nicht für nothwendig).[39] Hiergegen erhebt nun aber Lammasch Einspruch, indem er findet, dass die Gegensätze nicht richtig formirt seien, weil der Nothwendigkeit des Ausbleibens des Erfolges nur die Nothwendigkeit seines Eintrittes entsprechen könne.[40] Demgemäss stimmt er gerade da bei, wo wir widersprechen, und umgekehrt widerspricht er, wo wir beistimmen. Er bewegt sich damit aber, um den Grundgedanken, den er mit Hertz theilt, noch durch ein weiteres Beispiel deutlicher zu machen, in folgendem Ideenkreise: Spielt Jemand nicht in der Lotterie, so hat er keine Aussicht, den Haupttreffer zu gewinnen. Wagt er dagegen einen Einsatz, so verschafft er sich damit nicht eine Chance, das grosse Loos zu ziehen, sondern die Gesammtheit aller Chancen oder, mit anderen Worten, er schliesst damit die Möglichkeit, sich in seiner Hoffnung getäuscht zu sehen, aus. Wohl mancher meiner Leser wird mir zu seinem Bedauern die Irrigkeit dieser Conklusion bestätigen müssen.

Sind somit die Einwendungen, die ich in den Kreis meiner Erwägungen zu ziehen Veranlassung hatte, meines Erachtens unbegründet, so scheint mir noch überdies Alles dafür zu sprechen, dass sich die ganze Versuchslehre um

---

[39] Gäbe es wirklich ein Mittel, das nie fehlschlagen könnte, so würde selbstverständlich stets der Thatbestand der Vollendung vorliegen. Hertz dagegen ist der Meinung, dass damit die Annahme eines zur Verantwortung zu ziehenden Willens unvereinbar wäre. a. a. O. S. 19.

[40] Lammasch a. a. O. S. 10.

das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge dreht: die Anschauung des gemeinen Lebens, die Vorgänge im Innern des Verbrechers, die Intentionen des Gesetzgebers.[41]

Bezeichnend pflegen wir von demjenigen, der sich eines versuchten Mordes schuldig gemacht hat, zu sagen, er habe wie ein Mörder gehandelt. In diesem Gleichniss finde ich das tertium comparationis richtig hervorgehoben: die Gleichheit des modus procedendi. Nicht im Wege zum Ziele unterscheidet sich der eine Thäter von dem anderen, jener schafft vielmehr wie dieser einen abstrakten Grund, und nur auf der dahinter liegenden Strecke spielen sich in dem einen Falle die Ereignisse anders ab als in dem anderen.*

Der Verbrecher, der zu einem Morde schreitet, rechnet ganz in derselben Weise mit dem abstrakten Verhältniss von Grund und Folge. Die Erfahrung, dass ein Dolchstich in die Brust eines Menschen geeignet ist, eine Todesursache hervorzurufen, macht er sich zu Nutze. Er legt sich nicht die Frage vor: Kann ich mit meinem Dolche den A erstechen? sondern die: Kann man mit einem Dolchstich einen Menschen tödten? Nur auf jene, nicht auf diese liesse sich im Voraus eine Antwort ertheilen. Prallt der Dolch am Panzer ab, so tritt hier, wie in allen Fällen des Versuches ein Umstand entgegen, welcher bewirkt, dass die Folge, welche in abstracto entstehen kann, in concreto ausbleibt.

Der Gesetzgeber endlich würde die ihm anvertrauten Güter schlecht schützen, wollte er deren Individualität berücksichtigen. Er hat deshalb seine Strafvorschriften so zu erlassen, dass sie das ganze genus umfassen. Würde beim vollendeten Mord die Norm dahin lauten: Du sollst nicht den Grund zur Vernichtung irgend eines Menschenlebens

---

[41] Dass die Wissenschaft in der Controverse über den untauglichen Versuch auf dasselbe Ziel hintreibt, brauche ich wohl nicht besonders zu betonen. cf. übrigens §§ 9 und 11.

* Darauf führe ich es zurück, wenn einzelne Gesetzgebungen von einer Handlungsweise sprechen. S. oben S. 18.

legen, so würde sie beim Mordversuch dahin zu formuliren sein: Du sollst nicht einen Grund herstellen, aus dem sich die Vernichtung irgend eines Menschenlebens ergeben kann. In einer etwas schwerfälligen Form drückt das österreichische Gesetzbuch in seinem § 134 die Tendenz einen abstrakten Schutz zu gewähren, dahin aus:

„*Wer gegen einen Menschen in der Absicht, ihn zu tödten, auf eine solche Art handelt, dass daraus dessen oder eines andern Menschen Tod erfolgte, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig, wenn auch dieser Erfolg nur vermöge der persönlichen Beschaffenheit des Verletzten oder blos vermöge der zufälligen Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde oder nur vermöge der zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen eingetreten ist, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlasst wurden.*“[42]

Ich muss daher denjenigen widersprechen, welche die Beibringung einer so geringen Dosis Gift, dass dadurch nur das Leben eines Säuglings bedroht wäre, nicht für genügend erachten, den Thatbestand des Mordversuches zu erfüllen. Würde der Gesetzgeber sich ihnen anschliessen, so würde er, anstatt ein Princip aufzustellen, die Willkür sanktioniren. Nehmen wir einmal an, er würde mit Meyer[43] unter Gift

---

[42] Den abstrakten Schutz finde ich im Eingang des § ausgesprochen. Ein leichter Schlag gegen die Gegend der Schläfe kann eine Handlungsweise enthalten, welche den Tod zur Folge hat. Der Schlusspassus dagegen soll augenscheinlich die früheren Controversen über die Lethalität der Wunden abschneiden.

[43] Meyer: Lehrbuch S. 400 Note 7. Auch darin weiche ich von ihm ab, dass er denjenigen, welcher ein kleines Kind durch eine Tasse starken Kaffees tödtet, nicht wegen Mordes, sondern wegen Vergiftung nach § 229 zur Verantwortung gezogen wissen will. Der auf Tödtung gerichtete dolus schliesst die Anwendbarkeit des § 229 aus. Wenn man in dieser gegen einen Erwachsenen verübten Handlungsweise einen strafbaren Thatbestand nicht finden wird, so hängt dies damit zusammen, dass man die Ernstlichkeit des Willens in Frage stellen würde.

einen solchen Stoff verstehen, der unter normalen Verhältnissen geeignet ist, die Zerstörung der Gesundheit eines Erwachsenen hervorzurufen, so wären wir nicht in der Lage, denjenigen aus § 229 Strf.-G.-B. anzuklagen, welcher mit einer ganz geringfügigen Dosis Arsenik bei einer Wöchnerin, einem Reconvalescenten, einem decrepiten Greis in dem Organismus Störungen hervorruft, welche bei einem Menschen mittelstarker Constitution nimmer hätten eintreten können. Wenn Binding[44] und Rüdorff[45] darauf hinweisen, dass man bei dem von uns urgirten, übrigens keineswegs isolirten Standpunkt[46] dazu käme, eine vorsätzliche Gefährdung der Gesundheit ohne den Eintritt einer Gefahr anzunehmen, so scheinen sie mir diesem Begriff im Widerspruch mit dessen Natur[47] eine konkrete Bedeutung beizulegen. Nach ihrer Ansicht müssten wir den straflos lassen, der an einem an Gift gewöhnten Menschen das Verbrechen des § 229 a. a. O. begeht: seine individuelle Gesundheit war auch nicht einen Moment bedroht. Wir brauchen nur einen dem error in objecto ähnlichen Fall zu construiren, und wir erkennen, dass nur das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge der gesetzgeberischen Intention entspricht. Fingiren wir, es lägen in demselben Bett die Mutter und der Säugling krank darnieder, und es hätte der Arzt beiden Medizin verschrieben. Würde nun die Wärterin das Kind zu vergiften beabsichtigen und desshalb in die für dasselbe bestimmte Flasche nur einige Tropfen Digitalin schütten, in Folge einer Verwechslung aber die Arznei der Mutter reichen, deren Organismus dadurch nicht die geringste Störung erleidet, so wäre sie nach der Ansicht derer, welche auf die Indivi-

---

[44] Binding a. a. O. Bd. II S. 520 S. 747.

[45] Rüdorff: Straf-G.-B. des deutschen Reiches Note 4 zu § 229 S. 409.

[46] Mit der im Text vertretenen Ansicht stimmen überein: Hälschner a. a. O. Bd. II S. 168. Erk. des Ob.-Trib. vom 3. November 1875 (Oppenhoff: Rechtsp. Bd. XVI S. 706. 707.

[47] S. oben S. 264.

dualität Gewicht legen, straflos, nach meiner Ansicht wäre sie wegen Mordversuches anzuklagen.[48]

Insoweit werden wir auch wohl auf die Unterstützung der medizinischen Wissenschaft rechnen dürfen. Zwar ist sie ausser Stande, uns eine Definition von „Gift" zu geben,[49] allein es will mir scheinen, als ob sie doch wenigstens in der Lage ist, uns Aufschluss zu geben, ob die Qualität und Quantität der Substanz, um die es sich in concreto handelt, in abstracto geeignet ist, eine Todesursache hervorzurufen.[50] Ist meine Annahme richtig, so wäre damit der Conflikt zwischen der einen und anderen Wissenschaft gelöst, entgegengesetzten Falles würden wir durch ein Specialdelikt Vorsorge zu treffen haben, das Beibringen von bestimmten Stoffen in der Absicht zu tödten entsprechend zu ahnden.[51]

Liegt aber nach dem Gesagten der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch darin, dass dort das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge das in concreto leistet, was es in abstracto verspricht, hier das in concreto verspricht, was es in abstracto leistet, so ergiebt sich daraus, dass dasselbe auch wenn die Vorstellung des Handelnden die Möglichkeit der einen wie der anderen Alternative umfasst, danach stets mit dem Willen hergestellt wird, dass die ihm günstige Eventualität in dem gegebenen Falle eintrete. Mit anderen Worten: die Intention des Thäters ist darauf gerichtet, dass sich die abstrakte Möglichkeit in die conkrete Wirklichkeit, die abstrakte Folge in den conkreten

---

[48] und zwar des Kindes cf. § 17.

[49] Berner: Körperverletzung im Gerichtssaal pro 1867 S. 7 fg Geyer: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 75.

[50] cf. Lion: Gerichtsärztliche Beobachtungen in Goltdammers Arch. Bd. 14 (1866) S. 797—799. Gutachten der Königl. Preuss. Wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen — Anlage zu den Motiven des Strafgesetzentwurfes für den Nordd. Bund — sub VII S. 27 bis 29.

[51] cf. den folgenden §.

Erfolg verwandele. Deshalb definire ich den verbrecherischen Versuch dahin:

Die Vornahme einer Handlung, welche geeignet ist, die zum Thatbestand eines Verbrechens erforderliche Folge[52] *hervorzurufen, damit dieselbe in concreto eintrete, ist — deren Ausbleiben vorausgesetzt — Versuch.*

---

§ 13.

Die legislatorische Behandlung des Versuches.*

Bevor wir aus dem von uns aufgestellten Begriff die sich daraus ergebenden Consequenzen ableiten, haben wir vorweg noch eine Frage zu behandeln, nämlich die, wie sich der Gesetzgeber zu den Verbrechen, innerhalb deren er den Versuch verhindern will, zu verhalten habe. Es ist diese Untersuchung für uns von doppeltem Interesse: sie giebt uns nicht blos darüber Aufschluss, wie weit zeither die Theorie entfernt gewesen ist, der Codifikation als Wegweiser zu dienen, sondern sie bestätigt zugleich auch die Richtigkeit unserer Anschauung über das Wesen des Versuches. Es sind nämlich die Meinungen nicht blos darüber getheilt, ob überhaupt ein Strafgesetz nothwendig ist, um den, welcher sich eines Versuches schuldig gemacht hat, zur Rechenschaft zu ziehen, sondern auch darüber, welcher Weg am meisten geeignet ist, den Rechtsgütern den Schutz zu verleihen, dessen sie bedürfen. Die Darstellung der einen wie der anderen Controverse wird unsere Behauptung nach beiden Richtungen hin bestätigen.

Was zunächst die Streitfrage anlangt, ob die das vollendete Delikt bedrohende Strafvorschrift zugleich die Straf-

[52] Dass es dabei irrelevant ist, ob die Folge mit einer Wirkung zusammenfällt oder nicht, brauche ich wohl nicht nochmals besonders hervorzuheben.

* In Rücksicht darauf, dass die Verbrechen, welche zu ihrem Thatbestand eine Wirkung erfordern, den Versuch in einer complicirteren Form zur Erscheinung bringen, habe ich geglaubt, auf deren Darstellung hier meine besondere Aufmerksamkeit richten zu müssen.

barkeit der Versuches anordne, so sind diejenigen, welche sie verneinen, nicht minder von ihrem Standpunkt aus fehlgegangen wie die, welche sie bejahen. Diese verstossen gegen den Grundsatz: nullum crimen sine lege poenali, jene gegen den Begriff, von dem sie ausgehen. Zu den Rechtslehrern, welche der letzteren Ansicht huldigen, zählen vornehmlich Köstlin und Hälschner, zu denen, welche die erstere vertreten, Pfotenhauer, Luden, Zachariae und Krug, während Mittermaier in seiner Ansicht hier ebenso wie in der den untauglichen Versuch betreffenden Controverse[1] geschwankt hat.

Von den beiden somit zur Sprache zu bringenden Erscheinungen ist aber die Verletzung der Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen die auffallendere. Mochte man auch noch so sehr im Dunkeln tasten; der Missgriff, dem Versuch und dem vollendeten Verbrechen die ganz gleichen Merkmale zuzuschreiben, war der Natur der Sache nach ausgeschlossen.[2] Damit verbietet es sich aber ganz von selbst einer Strafvorschrift den Sinn zu suppeditiren, dass sie die von ihr charakterisirte That und die von ihr nicht charakterisirte That gleichzeitig umfasse. Die Legislationen und die Gerichtshöfe haben dies auch nie verkannt, die Theorie hingegen lehrte bisweilen, dass nach demselben Gesetz, welches den Mörder bestraft, auch der gerichtet werden könne, der nicht zum Mörder geworden war. Mit dem Versuch, das Unmögliche zu beweisen, musste daher ebensowohl Köstlin wie Hälschner Schiffbruch leiden. Die Argumentation des einen ist ebenso unhaltbar wie die des anderen.

Wenn jener erklärt:[3]

„*Die absolute Strafbarkeit des Versuches liegt einfach darin, dass im Versuch der verbrecherische Wille bereits,*

---

[1] cf. Mittermaier: im N. Arch. Bd. I S. 183—199. Bd. IV S. 103 bis 106. Bd. X S. 550—554 und im Gerichtssaal pro 1859 S. 403 fg.

[2] S. jedoch oben S. 232.

[3] Köstlin: System S. 246.

wenn auch nicht in seinem ganzen Gehalt, objektivirt, der Versuch mithin bereits verbrecherische Handlung ist. Es bedarf daher auch keines besonderen Strafgesetzes, um diese Strafbarkeit auszusprechen,"

so verwechselt er das, was die Strafrechtstheorie gestattet, mit dem, was der Gesetzgeber anbefiehlt. Der Umstand, dass es sich allenfalls vom philosophischen Standpunkt aus vertheidigen liesse, die Objektivirung des verbrecherischen Willens zu bestrafen, giebt uns selbstverständlich kein Recht, in einem Gesetzbuch eine Handlung bedroht zu finden, die darin nicht vorhergesehen ist.

Hälschner begründet seine Ansicht dadurch, dass er etwas widerlegt, was Niemand bestreitet, und etwas behauptet, was Niemand zugeben kann. Indem er nämlich nicht in Abrede stellt, dass der Thatbestand der Vollendung von dem des Versuchs objektiv verschieden sei, glaubt er dennoch, dass es hierauf nach positivem Recht nicht ankomme, weil es unzulässig sei, den verbrecherischen Willen zu ignoriren und ein fehlendes Merkmal auch dann als nicht vorhanden zu erachten, wenn die Absicht des Thäters auf dessen Verwirklichung gerichtet war.[4] Von keiner Seite wird aber verkannt, dass die Abstraktion von der verbrecherischen Absicht eine durchaus unstatthafte Manipulation wäre. So verschiedenen Ansichten wir auch begegnet sind, auf eine Auffassung, die hiermit in Widerspruch stände, sind wir nirgends gestossen. Insoweit wendet sich also Hälschner gegen eine Meinung, die meines Wissens in der Litteratur niemals zu Tage getreten ist. Insoweit er aber lehrt, dass die auf den Erfolg gerichtete verbrecherische Absicht uns berechtige, ein fehlendes Merkmal als vorhanden anzunehmen, verlangt er, dass wir etwas als geschehen fingiren sollen, was nicht geschehen ist. Wie man auch immer deduciren mag, darüber ist doch wahrlich kein Wort zu verlieren, dass der Thatbestand des Mordes nicht vorliegt, wenn der, auf dessen Tod es abgesehen war, lebend in

[4] Hälschner a. a. O. Bd. I S. 208.

unserer Mitte weilt. Daraus ergiebt sich von selbst der Schluss: Die Lehre, welche Versuch und Vollendung durch ein und dasselbe Gesetz charakterisirt findet, ist zweifellos hinfällig.

Mit sich selbst in Widerspruch treten aber diejenigen, welche den entgegengesetzten, wenngleich an sich richtigen Standpunkt einnehmen. Sie erklären es nämlich für ungesetzlich, die das vollendete Verbrechen betreffende Strafvorschrift auf das versuchte Verbrechen anzuwenden, weil jenem ein Merkmal zukomme, das diesem abgehe.[5] Damit gerathen sie mit dem Begriff, den sie als richtig vorausgesetzt haben, in Conflikt; denn bei den Delikten, welche ihrer Natur nach durch eine Handlung schlechthin zur Consummation gebracht werden, ist der Thatbestand des s. g. Versuches von dem der Vollendung nicht qualitativ verschieden. Wie die Theile einer Substanz durchweg homogen sind mit dem Ganzen, so ist bei ihnen jeder Akt genau von derselben Beschaffenheit. Auf jedes Wort, das der Meineidige ausspricht, passt die Charakteristik, welche das Gesetz von dem Thatbestand des entsprechenden Verbrechens giebt. Man hätte deshalb, wäre man vorsichtiger vorgegangen, erkannt, dass man mit einem doppelten Versuchsbegriff sich befreundet habe, mit einem solchen, der sich von der Vollendung nur quantitativ, und einem solchen, der sich von ihr qualitativ unterscheidet. Statt dessen erklärte man, dass die Strafsanktion an die Vollendung geknüpft sei.[6] Damit war aber nur der Schein der Consequenz gewahrt, indem man darunter bald den Eintritt der zum Begriff eines Verbrechens erforderlichen Folge, bald den letzten Akt in der aus gleichen Gliedern zusammengesetzten Kette verstand. Der doppelte Gegensatz, den man zur Vollendung bildete, indem man ihr bald den Beginn, bald den Mangel im That-

---

[5] Pfotenhauer a. a. O. S. 73—76. Luden a. a. O. S. 5. 6. Krug a. a. O. S. 6. 7. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 50 S. 82 bis 84.

[6] cf. hierüber §§ 20 und 21.

bestand gegenüberstellte, rettete zwar auch hier wieder die einheitliche Lehre, wir werden aber bald die Verwirrung sehen, welche dadurch in den Codifikationen und in der Praxis entstanden ist. Der exorbitante Satz, dass bei den formalen Verbrechen nur der letzte Theil strafbar und der ihm vorangehende straflos sei, konnte selbstredend nicht ohne seine gewichtigen Folgen bleiben.

Um so interessanter ist das Schwanken von Mittermaier. Im Neuen Archiv des Criminalrechts stellt er das Princip auf, dass wenn eine Handlung im Gesetz bedroht sei, sie in allen ihren Theilen bedroht sei, in ihrem Anfang, in ihrer Mitte und in ihrem Ende.[7] Für das unvollendete Verbrechen hatte er damit, wovon wir uns im folgenden Kapitel überzeugen werden, die volle Wahrheit gesprochen — aber das versuchte Verbrechen hatte er damit nicht getroffen. Im Gerichtssaal aber widerruft er eben diese Ansicht und bekennt sich nunmehr zu dem entgegengesetzten, von uns so eben beleuchteten Grundsatz.[8]

Damit hat er zwar für die Möglichkeit der Bestrafung des versuchten Verbrechens Vorsorge getroffen, aber das unvollendete Verbrechen wieder bis zu seinem letzten Punkte freigegeben. Wie er vorher den nicht hätte bestrafen können, der durch einen Zufall seine verbrecherische Absicht nicht verwirklicht sieht, so konnte er nunmehr den Meineidigen nicht fassen, der das Amen über seine Lippen noch nicht gebracht hatte.

Was sodann die zweite Controverse anlangt, so hielt man es für gleichgiltig, ob der Gesetzgeber durch Aufstellung von formell vollendeten, materiell unvollendeten Delikten oder durch einen allgemeinen Versuchsbegriff der Rechtsordnung seinen Schutz gewährt.[9] Hierin scheint mir aber eine totale Verkennung des legislatorischen Werthes des Art. 178 der Carolina zu liegen.

---

[7] Mittermaier: Im Neuen Arch. Bd. I S. 168. 169.

[8] Derselbe im Gerichtssaal pro 1859 S. 209.

[9] Luden a. a. O. S. 5—8. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 212. 213. Meyer a. a. O. S. 189. 190. Krug a. a. O. S. 5. 7.

Indem man nämlich der Ansicht war, dass ein Gesetz, welches, um mich einem von Luden gewählten Beispiel anzuschliessen, etwa dahin lauten würde:[10]

„*Wer nach einem Menschen schiesst, ihn schlägt oder stösst in der Absicht, ihn zu tödten, oder wer ihm in derselben Absicht eine Wunde beibringt, der soll mit längerer oder kürzerer Freiheitsstrafe belegt werden, je nach der Schwere des einzelnen Falles*“

uns das zu leisten vermöchte, was die Bestrafung des Mordversuches im Allgemeinen bewirkt, übersah man den Unterschied zwischen einer Codifikation, welche von Fall zu Fall Fürsorge trifft und einer solchen, welche die Quelle des Uebels verstopft. Niemals werden wir auf dem Wege der Kasuistik das erreichen, was der Begriff uns von selbst gewährt. Gesetzt es würde unser Gesetzbuch anstatt der §§ 43 und 211 die Vorschrift enthalten, welche Luden formulirt hat, so wären wir freilich in der Lage den Banditen zu bestrafen, der mit einer Keule, einem Dolche, einem Gewehre operirt, nicht aber denjenigen, der sich zum Zwecke der Tödtung des Kohlenoxydgases, der Blausäure, der Elektricität bedient. Mit jeder neuen Erfindung wäre die Codifikation, welche durch Specialdelikte durchzukommen sich getraute, erschüttert; sie mag noch so vorsorglich und erschöpfend für den heutigen Tag vorgehen, mit dem morgigen müsste sie sich bankerutt erklären. Selbst wenn es ihr möglich wäre, die Mittel, welche wir gegenwärtig kennen, ausreichend zu berücksichtigen: mit dem Augenblicke, in welchem die Naturwissenschaften einen neuen Weg eröffnen, zu einem verbrecherischen Ziele zu gelangen, würde ihr Werk rettungslos über den Haufen stürzen. Das römische und das englische Recht ist in dieser Beziehung für uns gleich lehrreich. Aus jenem ersehen wir, wie der Kreis immer weiter gezogen werden musste, und wie man auch so die Fundamentalanschauung nicht hätte aufrecht erhalten können, würde man nicht in der Gesetzesanalogie Hilfe ge-

---

[10] Luden a. a. O. S. 7.

sucht haben.[11] Huldigen wir aber dem entgegengesetzten Princip, so geht daraus von selbst hervor, dass wir den Zweck nicht erreichen können, wenn uns der Grundsatz: nullum crimen sine lege poenali die Mittel entreisst, der seine Herstellung ermöglicht. Aus dem englischen Recht[12] lernen wir, wie alles Sträuben, den Versuchsbegriff zu recipiren, vergeblich ist: die Erfahrung lehrt, dass die Specialdelikte nicht als sein Surrogat betrachtet werden können. Ein Vorfall aus der neueren Zeit mag als Beleg dafür angesehen werden. Wie wir bereits gesehen haben, stimmt das common law mit dem römischen Recht in der casuistischen Behandlung der Versuchsmaterie überein.[13] Die Folge davon war, dass man sich ausser Stande sah, einen Menschen zu bestrafen, der den Strick eines Fahrstuhls oder einer ähnlichen Vorrichtung zur Hälfte durchschnitten hatte, um so den Tod der Person herbeizuführen, deren Beförderung von der Tiefe zur Höhe bevorstand.[14] In den Zeiten, in denen sich das common law bildete, war solche Raffinerie nicht vorhergesehen und die grössere Nichtswürdigkeit sah sich da geschützt, wo die geringere der strafenden Gerechtigkeit verfallen gewesen wäre. Um wenigstens hinterdrein den Brunnen zuzudecken, wurde eine Parlamentsakte erlassen, die zunächst speciell anordnete:

„*that whosoever shall attempt to administer to, or attempt*

---

[11] S. oben S. 240.

[12] van Swinderen a. a. O. S. 27 scheint mir richtig zu vermuthen, dass die Controversen über den „Anfang der Ausführung" die Engländer abgeneigt machten, den Versuchsbegriff zu recipiren. Für ihn spricht die Fassung der Sekt. 32 des Entw. von 1878 cf. Note 16.

[13] S. oben S. 281. Dass eine Gesetzgebung, die den Begriff nicht kennt, in den Streitfragen, die aus ihm fliessen, nicht zu Rathe gezogen werden kann, folgt aus der Natur der Sache. Lammasch verkennt dies nicht nur, sondern er schreibt sich auch noch überdies das Verdienst zu, zuerst auf die englische Litteratur in unserer Materie aufmerksam gemacht zu haben S. 46. Indess hat bereits Mittermaier im Gerichtssaal pro 1859 S. 415 ihr Rechnung getragen.

[14] van Swinderen a. a. O. S. 25.

or cause to be administered to or to be taken by any person poison or other destructive thing, or who shall shoot at any person, or shall by drawing a trigger or other manner attempt to discharge any kind of loaded arms at any person, or shall attempt to drown, suffocate or strangle any person with intent in any of the cases aforesaid, to commit murder shall (whether any bodily injury be effected or not) be guilty of felony"

und ausserdem, weil auch damit noch nicht jede Lücke ausgefüllt gewesen wäre, noch generell den

„*attempt to commit murder by any means other than those above specified*"

vorsieht.[15] Wollte man daher nicht auf dem eingeschlagenen Wege fortschreiten und ebenso wie dies beim Morde, bei der Brandstiftung,[16] bei der Gefährdung eines Eisenbahntransportes[17] geschehen ist, bei jedem Delikt, das zu seinem Thatbestand eine Wirkung erfordert, das common law ergänzen und sich durch eine clausula generalis davor schützen, wiederum eine nicht erwartete Ueberraschung im Criminalrecht zu erleben, so blieb nichts übrig als zum Begriff des Versuches seine Zuflucht zu nehmen. Der Entwurf des Criminalcodex von 1878 macht daher meiner Ansicht nach einen wesentlichen Fortschritt in der englischen Rechtsentwickelung, indem er die allgemeine Bestimmung aufweist:[18]

„*Als Versuch eines Verbrechens wird jede Handlung betrachtet, welche in der Absicht auf die Verübung des Verbrechens begangen wird und einen Theil der zu dessen wirklicher Begehung erforderlichen Thathandlungen bildet, deren Vollendung entweder durch den freiwilligen Ent-*

---

[15] Stephen: New commentaries on the laws of England. (London 1868) Bd. IV S. 15 (24 u. 25 Vict. c. 100 s. 14 u. 15).

[16] 24 u. 25 Vict. c. 97 sect. 6 a. a. O. S. 194.

[17] 24 u. 25 Vict. c. 100 sect. 32 a. a. O. S. 184—186.

[18] Meyer: Entwurf eines Criminalcodex 1868 in Goltdammers Arch. pro 1879 S. 15.

schluss des Thäters oder aus anderen, von seinem Willen unabhängigen Umständen unterblieben ist.“

„Nicht strafbar erscheint der Versuch eines Verbrechens, der sich in Handlungen äussert, die zur Verübung des Verbrechens völlig ungeeignet sind.“

„Es ist eine Rechtsfrage, ob eine Handlung sich hinlänglich der wirklichen Verübung eines Verbrechens nähert, um als dessen Versuch bestraft zu werden.

Damit will ich jedoch keineswegs der Definition selbst das Wort reden, sie leidet einerseits an dem von uns bereits besprochenen Fehler, dass sie den Versuch zu einem Bestandtheil der Vollendung macht und ausserdem an dem Widerspruch, dass sie ihn im alin. 3 anders als im alin. 1 charakterisirt.

Zugleich ergiebt sich aus dem Gesagten von selbst, worin das Verdienst von Schwarzenberg besteht, das er sich um die Rechtswissenschaft durch den Art. 204 der Bambergensis, der nahezu unverändert in die Carolina übergegangen ist, für ewige Zeiten erworben hat. Weder besteht es darin, wie Malblank annimmt,[19] dass er den Richtern die moralische Verschiedenheit zwischen vollbrachtem und versuchtem Verbrechen auf eine deutliche und populäre Art begreiflich zu machen gewusst hat, noch in dem Umstande, welcher Zachariae zu dem Lobe veranlasst:[20]

„Wir haben es hier mit einem Gesetz zu thun, welches nach unserer Ansicht so vortrefflich abgefasst ist, dass wir nicht zu viel zu sagen glauben, wenn wir behaupten, dass sich schon aus diesem einzigen Artikel die ausgezeichnete legislatorische Befähigung des Freiherrn v. Schwarzenberg erkennen lasse, und dass seine Leistung in dieser Beziehung gar manche neuere Strafgesetze über den Versuch bei Weitem übertreffe. Man erwäge, in welcher Kürze, in wie wenig Worten alle wesentlichen Erfordernisse des verbrecherischen Versuches in einer einem Ge-

[19] Malblank: Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung S. 160.

[20] Zachariae: Lehre vom Versuch Bd. 1 S. 172. 173.

setz angemessenen Sprache zusammengefasst und die Strafdrohung beigefügt ist.

Es dürfte nicht schwer sein aus der Gesetzgebung irgend eines Volkes eine Bestimmung herauszugreifen, die an Klarheit des Ausdruckes, an Angemessenheit der Sprache, in der Bestimmtheit der Strafe dem Art. 178 der Carolina nichts nachgiebt. Vielmehr haben wir das Verdienst von Schwarzenberg einzig und allein darin zu suchen, dass er zum ersten Male eine allen Wechsel der Zeiten Trotz bietende Strafvorschrift in die Codifikation eingeführt hat. Was für die Vollendung die Bestrafung der Verursachung bedeutet, das bedeutet für den Versuch der Art. 178 P. G. O. Wie wir uns nicht durch Specialdelikte zu schützen wussten, wollten wir die einzelnen Handlungen, welche den Tod herbeiführen, umschreiben und darum durch die Bestrafung der Verursachung die Quelle verstopfen, aus der die Wirkung hervorgeht, ganz ebenso müssen wir zu unserer eigenen Sicherheit beim Mordversuch, anstatt die einzelnen Fälle, die seinen Thatbestand ausmachen sollen, aufzuzählen, die Quelle versiegen machen, aus der die Möglichkeit der Wirkung entspringt. Gegen jenen Grundsatz ist nie verstossen worden, so lange Gesetze existiren. Schon der Dekalog sagt nicht: Du sollst nicht einen Menschen mit einem Pfeile erschiessen, ihn erwürgen oder ersäufen, sondern er drückt sich weit vorsichtiger dahin aus: Du sollst nicht tödten. Dieser Grundsatz hingegen ist von keiner Gesetzgebung vor Schwarzenberg erkannt gewesen. Halten wir an ihm fest, so mögen neue Erfindungen neue Strafvorschriften gebären oder neue Mittel zur Verletzung der zeitherigen gewähren: die Stelle, aus der die Möglichkeit der Folge sich ergeben k a n n, ist nunmehr ebenso genau getroffen, wie vorher die getroffen war, aus der die Wirklichkeit der Folge ihren Ursprung nehmen m u s s. Wenn wir uns daher nach dem Rath derjenigen gerichtet hätten, welche uns aufforderten, uns dem englischen oder amerikanischen System anzuschliessen,[21] welches durch die delicta sui ge-

[21] van Swinderen: in Goltdammers Arch. pro 1877. S. 125.

neris die Uebel, an denen wir bisher auf dem Continent bei unserer irrigen Auffassung des Wesens des Versuches gelitten haben, anscheinend vermied, so würden wir damit alle Fehler, welche der italienische Begriff uns geschaffen hatte, beibehalten, und die einzige gesunde Frucht, die er gezeitigt hatte, über Bord geworfen haben.

Von einer Rückkehr zu den Principien des römischen Rechts kann daher meines Erachtens nicht die Rede sein. Wer der damit verbundenen Sicherheit das Wort redet, lässt die damit verbundenen Schattenseiten ganz ebenso ausser Acht, wie der, welcher die Pyramiden als unvergängliche Monumente der Kultur bewundert, ohne zu erwägen, dass nur der Despotismus mit Hilfe unzähliger Sklavenhände so schwierige und doch so nutzlose Bauwerke zu schaffen vermochte. Vielmehr erscheint nur noch die Frage vom legislatorischen Standpunkt aus diskutabel, ob die verschiedene Behandlungsweise der Verbrechen einer- und der Vergehen und Uebertretungen andererseits sich empfiehlt. Bekanntlich war bereits dem ersten Napoléon die Restriktion des Art. 3 des Code pénal gegenüber der im Art. 2 angeordneten generellen Bestrafung des Versuches der Verbrechen aufgefallen. Die ihm in Folge dessen von Berlier gegebene Auskunft:[22]

„*qu'il n'y a nulle parité entre la tentative d'un crime et celle d'un délit, ni surtout dans les actes qui caractérisent le commencement d'exécution en des espèces si différentes. Ainsi un homme est surpris crochetant la serrure d'une porte: son but ultérieur est bien connu par ce seul fait; mais s'il agit d'une rixe punira-t-on celui qui aura levé la main et dont des tiers ont arrêté les coups comme celui qui avait frappé? La société n'a pas le même intérêt de réprimer et il ne faut pas étendre indiscrètement les peines.*"

ist sicher, von ihrem Schlussabsatz abgesehen, irrig. Die Verwechselung von Rechtsfrage und Beweisfrage tritt von

[22] Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. III S. 20.

selbst zu Tage. Ebensowenig wird man Treilhard zugeben können, dass der Charakter der Verbrechen ausgeprägter sei als der der Vergehen;[23] der Thatbestand ist dort nicht schärfer begrenzt wie hier. Rechtsgründe werden sich daher für die in den Legislationen vielfach befolgte Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen[24] kaum erbringen lassen. In der That werden denn auch meistens nur Zweckmässigkeitsgründe, auf die bereits Berlier in dem Schlussabsatz seiner dem französischen Kaiser ertheilten Antwort hindeutete. hierfür erbracht.[25] Mit ihnen könnte man sich indess nur dann befreunden, wenn die bisherige Ansicht, wonach die Natur des Delikts die Möglichkeit oder Unmöglichkeit eines Versuches bedingen soll, sich aufrecht erhalten liesse. Fällt sie zusammen, so würden wir meiner Ansicht nach eine Ungerechtigkeit begehen, wollten wir je nach der Verschiedenheit des modus procedendi den einen Thäter bestrafen und den anderen straflos lassen, obgleich die Totalität der Rechtsverletzung weder dort noch hier vorliegt. Wir wollen des Beispiels wegen den § 134 unseres Gesetzbuches heranziehen, welcher anordnet:

> *Wer öffentlich angeschlagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen von Behörden oder Beamten böswillig abreisst, beschädigt oder verunstaltet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniss bis zu sechs Monaten bestraft.*

Würde Jemand in dem Moment ergriffen werden, in welchem er auch nur den kleinsten Riss in einer angeschlagenen Bekanntmachung bewirkt hat, so läge der Thatbestand der Beschädigung vollständig vor. Wollte man

---

[23] Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 613.

[24] Preussen § 33. — Baiern Art. 48. — Belgien Art. 53. — § 601 des Bremenser Entwurfs von 1868.

[25] Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund S. 85. Rossi a. a. O. Th. II Chap. 31 S. 171 „l'intérêt qu'a la société dans la punition des petits délits est déjà si faible, qu'il devient presque nul, s'il ne s'agit plus que de simples tentatives.“ Hälschner a. a. O. Bd. I S. 212.

selbst hiergegen einwenden, dass dem Wortlaut des Gesetzes gemäss zwischen Abreissen und Beschädigen zu unterscheiden sei, so würde ich repliciren müssen, dass das Abreissen begonnen, und dass nur eine verkehrte Anschauung uns zu dem Irrthum verleitet hat, dass die That erst in ihrem letzten Theile strafbar sei. Wir werden uns im folgenden Kapitel von jedem Zweifel lossagen, der uns abhalten könnte, die angeordnete Strafe auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen. Würde dagegen ein Anderer das Plakat mit einer Substanz bespritzen, welche einen chemischen Zersetzungsprocess herbeizuführen geeignet ist, die sich jedoch einmal unwirksam zeigt, so läge ein Versuch vor, welcher in Gemässheit der Vorschrift des § 43 alin 2 unverfolgbar wäre. Der rein äussere Umstand, dass dort durch Ursache und Wirkung das angestrebt wird, was hier durch Grund und Folge erzielt werden soll, würde uns nöthigen die beiden Fälle verschieden zu behandeln, obwohl weder in dem einen noch in dem andern die Rechtsverletzung eingetreten ist, deren Vermeidung der Gesetzgeber bezweckt. Damit es nicht den Anschein gewinne, als würden wir in unserer Auswahl allzu beschränkt sein, wollen wir auch noch ein zweites Beispiel herausgreifen. Würde Jemand eine Grabstätte auch nur mit einem Spatenstich beschädigen, so würde er dem § 168 des Strf.-G.-B. verfallen sein, würde er in die offene Grube, bevor die Leiche hineingelegt wird, explodirende Stoffe schütten, die erst nach Ablauf einer bestimmten Frist die Fähigkeit hätten, ihre Wirkung zu äussern, so wäre er straffrei, wenn sein Experiment misslingt. Ich glaube nicht, dass jene That leichter ins Gewicht fällt als diese. Vielleicht noch mehr treten bei der Körperverletzung die Unzuträglichkeiten des bestehenden Zustandes zu Tage. Zu Unrecht wird bei ihr die Möglichkeit eines Versuches geleugnet.[26] Auch hier haben wir es mit dem Verhältniss von Grund und Folge zu thun. Die Störung des körper-

---

[26] John: Entwurf mit Motiven zu einem Straf-G.-B. f. d. Nordd. Bund S. 204.

lichen Wohlbefindens, welche das Consummationsmerkmal bildet, lässt sich auf einem anderen Wege nicht hervorrufen. Aber eben damit ist die Bedingung gegeben, welcher der Versuch sein Dasein verdankt. Die beiden Erscheinungen, die seine Spur bezeichnen, treten uns auch hier entgegen: die Mannigfaltigkeit der Wege, die dem Thäter offen stehen, und die Alternative des Erfolges und Misserfolges, die jeder von ihnen ihm entgegenhält. In jener Beziehung erübrigt sich jede Exemplifikation. In dieser möchte ich dagegen daran erinnern, dass sich weder an die physische noch an die psychische Einwirkung die Störung des Wohlbefindens mit Nothwendigkeit knüpft. Mag der Thäter durch einen Schlag, durch Erregung von Schreck, oder durch unzüchtige Betastung seine Absicht zu realisiren suchen, in abstracto sieht er sich stets der Möglichkeit ihrer Vereitelung ausgesetzt. Der Angegriffene kann in dem ersten Fall zu robust, in dem zweiten zu furchtlos, in dem dritten zu sinnlich sein, um ein Missbehagen zu empfinden. Indem man dies verkannte, sind unsere Sachen besser geschützt worden als unsere Körper. Derjenige, welcher in der Nähe von Gebänden schiesst, ist strafbar,[27] während wir gegenüber demjenigen machtlos dastehen würden, der in einer von Menschen nicht bewohnten Gegend seine mit leichtem Schroot geladene Büchse auf irgend welche Person abfeuern würde, um sie körperlich zu verletzen, sie aber nicht trifft. Nur unter besonderen Umständen liesse sich der Thatbestand des § 223 künstlich dadurch construiren, dass man zur Annahme einer Störung des Wohlbefindens durch psychische Einwirkung seine Zuflucht nimmt.[28]

Was dagegen den Versuch der Uebertretungen anlangt, so möchte ich mich der Ansicht derer anschliessen, welche eine Ausnahme von dem Princip für zweckmässig erachten.

---

[27] § 368 Nr. 7.

[28] Den Thatbestand des § 223a als vorliegend zu erachten würde mir selbst dann bedenklich sein; nicht der Gebrauch der Waffe, sondern der Schreck hätte die Körperverletzung zur Folge gehabt.

Wären schon die Fälle zu zählen, in welchen der Thatbestand eine Wirkung erfordert und die Begehungsweise das Verhältniss von Grund und Folge zulässt,* so glaube ich überdies, dass wenn schon das 16. Jahrhundert das Gebiet, in welchem eine peinliche Strafe nicht stattfand, freigab, wir im 19. nicht die Gemüthsruhe verlieren werden, sollte sich auch einmal eine versuchte Uebertretung, unserem Rechtsgefühl zuwider, jeder Verfolgung entziehen.

Ich stimme aber auch weiter mit der herrschenden Meinung nicht überein, die in den s. g. formell vollendeten, materiell unvollendeten Delikten den Thatbestand des Versuches erblickt[29] und es deshalb für irrationell erachtet, dass die neueren Codifikationen neben dem allgemeinen Begriff des Versuches noch crimina sui generis kennen.[30] Gerade das strikte Gegentheil möchte ich behaupten: weder fallen die Specialdelikte unter den Begriff noch würde der Gesetzgeber seine Aufgabe richtig erfassen, würde er nicht die ihm anvertrauten Rechtsgüter auf die eine und andere Weise schützen.

Der Versuch ist nämlich insofern eine unselbständige Verbrechensform, als er seinen Thatbestand von dem des vollendeten Verbrechens ableitet. Sein specifisches Wesen besteht nicht sowohl in eigenen positiven Merkmalen, als vielmehr darin, dass ihm ein Moment abgeht, das dem entsprechenden Delikt zukommt. Das dadurch begründete Abhängigkeitsverhältniss des Versuches vom vollendeten Verbrechen wird aber von Grund aus zerstört, wenn man

* Auch das reine Verhältniss von Grund und Folge kommt bei den Uebertretungen nur höchst sporadisch vor.

[29] Zachariae: in Goltdammers Arch. Bd. III S. 162 fg. S. 289 fg. Bd. V S. 577 fg. Geib a. a. O. Bd. II S. 287. Schwarze: Commentar S. 121. Meyer: Lehrbuch S. 190. cf. jedoch S. 193.

[30] Luden a. a. O. S. 8. Köstlin: System S. 252, der obendrein in Note 3 den Gesetzgebungen vorwirft, sie hätten sich dabei Unklarheiten der Doktrin zu Nutze gemacht. Hälschner a. a. O. S. 212, der zwar erklärt, dass die Inconsequenz wohl nicht zu vermeiden sei, Gründe hierfür aber nicht angiebt.

dem einen wie dem andern einen selbständigen Thatbestand beilegt. Dies zeigt sich nach drei Richtungen hin:

Aus der Unselbständigkeit des Versuches folgt, dass jede Aenderung im Thatbestand des entsprechenden Verbrechensbegriffes auf ihn zurückwirkt. Setzen wir den Fall, es enthielte unser Strafgesetz zwei Bestimmungen, die eine, welche den Kindesmord dem § 217 entsprechend definirt, die andere des Inhaltes, wonach eine Mutter, welche ihrem unehelichen Kinde in oder gleich nach der Geburt Gift eingiebt, in der Absicht, es zu tödten, mit einer härteren Strafe belegt wird. Würde nun ein späteres Gesetz die mit dem § 217 congruirende Bestimmung in der Weise ändern, dass es zwischen ehelicher und unehelicher Geburt nicht scheidet, so würde damit auch der Versuch des Kindesmordes eine erweiterte Charakteristik erfahren, der Thatbestand des Specialdelikts dagegen bliebe von dem Wechsel der Gesetzgebung unberührt.

Aus der Unselbständigkeit des Versuches gegenüber dem vollendeten Verbrechen folgt weiter, dass der eine Begriff durch den anderen von selbst ausgeschlossen wird. Der Thatbestand des Mordes ist neben dem des Mordversuches und umgekehrt der des Mordversuches neben dem des Mordes undenkbar. Anders verhält es sich mit dem Special- und dem angeblich ihm entsprechenden Hauptdelikt. Der Thatbestand des einen ist mit dem des anderen sehr wohl vereinbar. Bleiben wir bei dem von Luden gewählten Beispiele stehen, so überzeugen wir uns ohne Weiteres, dass sich das Verbrechen der Verwundung in tödtlicher Absicht mit dem des vollendeten Mordes verträgt. Ob deshalb die Strafe nach den Grundsätzen der Conkurrenz bemessen oder ob nicht richtiger das Gesetz dahin interpretirt werden müsste, dass das geringere Verbrechen nur unter der Voraussetzung, dass es zu dem schwereren noch nicht gekommen ist, in Anrechnung kommen solle,[31] ist eine davon verschiedene Frage, welche mit der, in wie

---

[31] S. oben S. 210—217.

weit der Thatbestand des einen den des anderen begrifflich ausschliesst, nicht im Zusammenhang steht.

Aus der Unselbständigkeit des Versuches folgt endlich die Unstatthaftigkeit der Annahme eines Versuches vom Versuche. Wird dagegen ein Specialdelikt gebildet, so tritt seine Unabhängigkeit von dem höheren Verbrechensbegriff dadurch zu Tage, dass es seinerseits wieder einen Versuch zulässt, sobald es nur zu seinem Thatbestand eine Wirkung verlangt und die Begehungsweise durch Grund und Folge ermöglicht. Sollten wir das englische Gesetz, welches das Schiessen auf eine Person als felony erklärt, anwenden, so würden wir einen Versuch des Specialdelikts als vorhanden erachten müssen, wenn einmal der Mechanismus des Gewehres versagt. Die That, welche sonst als Mordversuch zu charakterisiren wäre, würde nunmehr als attempt to shoot with felonious intent aufzufassen sein.

Im Gegensatz zu der namentlich von Zachariae vertheidigten Lehre glaube ich deshalb die Behauptung aufstellen zu müssen:

In einer Gesetzgebung, die nur Specialdelikte kennt, ist der Begriff des Versuches noch nicht zur Entstehung gelangt, in einer solchen, welche neben ihm delicta sui generis schafft, ist er insoweit wieder vernichtet.[32]

Eben deshalb verbietet sich die Annahme, dass der Gesetzgeber in dem speciellen Theil zerstört habe, was er in dem allgemeinen aufgebaut, von selbst. In der That

[32] Dabei habe ich, um nicht das Maass der Verwirrung voll zu machen, nur solche Specialdelikte im Auge, die materiell mit Versuchshandlungen zusammenfallen. Darunter sind aber die meisten derartig, dass sie auch nicht einmal entfernte Verwandtschaft mit ihnen zeigen. Dass das Complott nicht versuchter Hochverrath ist, dürfte aus den bisherigen Ausführungen genügend erhellen. — Die Selbständigkeit der crimina sui generis ist nicht blos für die Versuchslehre von Bedeutung, sie würde auch dann von Wichtigkeit sein, wenn ein Gesetz die Strafbarkeit des Versuches eines Verbrechens aufheben würde; m. A. n. hätte sich damit für das Specialdelikt auch nicht das Geringste geändert.

giebt uns auch das Wesen des Versuches einen ganz anderen Aufschluss über den Zweck und die Bedeutung der delicta sui generis. Nicht weil sie versuchte Verbrechen sind, sondern gerade deshalb, weil sie es nicht sind, ist ihre besondere Strafbarkeit von dem Gesetzgeber anzuordnen.

In abstracto lässt nämlich jeder Versuch einen Verlust im Rechtsgüterinventar befürchten. Die Zufälligkeiten, welche verhindern, dass die Möglichkeit sich in Wirklichkeit umsetzt, entziehen sich jeder Voraussicht. Der Gesetzgeber, der nur mit abstrakten Grössen zu rechnen vermag, hat daher, wenn er nicht erst einschreiten will, nachdem die Existenz eines Rechtsgutes auf dem Spiele gestanden hat, die Rechtsordnung nach zwei Seiten hin wirksamer zu schützen, extensiv, indem er auf der Strecke zwischen dem verbrecherischen Entschluss und der Versuchsthätigkeit Barrieren zieht, und intensiv, indem er um die Güter, die ihm besonders am Herzen liegen, einen Wall von grösserem Durchmesser errichtet. Würde nun der § 43 unseres Gesetzbuches existiren und nicht der specielle Theil ergänzend eintreten, so wäre weder der strafbar, welcher sich in den Palast des Staatsoberhauptes in mörderischer Absicht einschleicht, noch der, welcher bei einem Giftmordversuche in Folge einer Verwechslung statt Strychnin eine unschädliche Substanz in das Getränk mischt. Weder dort noch hier läge eine Handlung vor, welche die Fähigkeit besitzt, in abstracto eine Todesursache hervorzurufen. Erst wenn der Zufall über Sein und Nichtsein entschieden hätte, wäre die Gerechtigkeit in der Lage, ihren zögernden Arm strafend zu erheben. Deshalb hat der Gesetzgeber Vorsorge zu treffen, dass weder Handlungen, die noch nicht den Thatbestand des Versuches involviren, noch solche, welche die Möglichkeit des Gelingens ausschliessen, ausnahmslos ungeahndet bleiben. Der ersteren Pflicht genügt er, indem er gegen besonders schwere vorbereitende Massnahmen reagirt, der letzteren, indem er zum Schutz der werthvollsten Rechtsgüter dem Begriff des Versuches einen umfassenderen substituirt oder ihm einen ihn ergänzenden zur Seite stellt.

Darüber aber, in wie weit in jener Beziehung vorgegangen werden muss, werden sich allgemein giltige Vorschriften kaum aufstellen lassen. Der Charakter des Volkes und die Zeit, in der ein Gesetzbuch zur Entstehung kommt und die, für welche es zu wirken bestimmt ist, werden hierbei von entscheidendem Einfluss sein. Nur soviel wird sich im Allgemeinen sagen lassen, dass in dem Maasse, in welchem eine Nation zu Gewaltthätigkeiten geneigt und die öffentliche Sicherheit untergraben ist, das straflose Gebiet an Umfang abzunehmen hat. Dadurch entsteht die Erscheinung, dass die Barrieren nach der Seite des verbrecherischen Entschlusses zu sich so weit vorgeschoben präsentiren, dass der oberflächliche Beobachter geneigt ist, darin die Sanktionirung der Bestrafung jeder widerrechtlichen Willensmanifestation zu finden. Aus gleichem Grunde werden wir umgekehrt schliessen müssen, dass eine Codifikation um so stärker die Zerrüttung der öffentlichen Ordnung verräth, je mehr sich in ihr dieser Präventivcharakter ausprägt. Kein Recht liefert hierfür ein sprechenderes Zeugniss als das römische, aber es ist auch keines mehr durchforscht und mehr verkannt worden, als gerade dieses.[33]

Anlangend den intensiveren, bestimmten Rechtsgütern zu gewährenden Schutz, so halte ich von den beiden Wegen, die hierbei dem Gesetzgeber offen stehen, den der Complementirung für correkter als den der Remplacirung. Bei jener Methode bleibt nämlich der Begriff des Versuches unangetastet und nur der Complex von Handlungen, der von ihm nicht umfasst wird, wird durch eine besondere Strafvorschrift betroffen. Bei dieser wird der Begriff des Versuches beseitigt und ein neuer an seine Stelle gesetzt, der hier das leisten soll, was dort durch die Combination gewonnen wird. Daraus ergiebt sich, dass die zuerst gedachte Verfahrungsweise alle Vortheile bietet, welche die letztere anstrebt, ohne deren Nachtheile in sich zu schliessen. Denn die Schwierigkeit, einen Ausdruck zu finden, welcher gerade

[33] Den Beweis für diese Behauptung werde ich im II. Bande führen.

so weit reicht als das Schutzbedürfniss geht, hat bisher noch keine Gesetzgebung zu überwinden vermocht. Die Controversen, welche im deutschen Gesetzbuch das Wort „Unternehmen", in Code pénal das Wort „attentat" erzeugt hat[34], mögen als Belag dafür angeführt werden, ganz abgesehen davon, dass bei der ersten Methode geschieden bleibt, was seiner Natur nach verschieden ist, während bei der letzteren heterogene Handlungen unter einem gemeinschaftlichen Begriff zusammengefasst werden.

Die Hermeneutik wäre daher selbst dann nicht ohne Beschäftigung geblieben, wenn unser Gesetzbuch den Ausdruck Unternehmen ausschliesslich in einem den Versuchsbegriff erweiternden Sinne gebraucht und ihn nicht zugleich auch zur Bildung neuer Verbrechensbegriffe verwendet hätte.[35] Dadurch ist zu den in der Sache liegenden Schwierigkeiten noch die hinzugetreten, dass wir uns, so sehr wir uns auch dagegen sträuben mögen, ausser Stand gesetzt sehen, zu einer einheitlichen Auslegung zu gelangen.[36] So weit nämlich das Gesetzbuch einen correspondirenden höheren Verbrechensbegriff nicht kennt, liegt der Thatbestand der Vollendung vor ohne Rücksicht darauf, ob der Thäter seinen Zweck erreicht oder nicht. Gleichviel, ob es einem Haufen von Tumultuanten gelingt, eine gesetzgebende Versammlung auseinander zu sprengen oder nicht: die Anwendung des § 105 ist in dem einen wie anderen Falle geboten. So-

---

[34] Oppenhoff: Commentar § 82 Note 1—5. Schwarze: Commentar S. 122. 123. 314. 317. Meyer: Lehrbuch § 84 S. 643—648. Ortolan: Resumé des Eléments de droit pénal § 436—440. Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 1111—1166 S. 309—321.

[35] cf. Berner a. a. O. S. 172. v. Kirchmann: Straf-G.-B. f. Nordd. Bund Note zu § 82 S. 67. A. M. Schütze: Lehrbuch S. 236 Note 20.

[36] Dies scheint auch von den legislatorischen Faktoren verkannt zu sein cf. Schwarze: Commentar S. 317. Soll derselbe Ausdruck bald Vollendung und bald wieder Versuch bezeichnen, so ist es logisch unmöglich, dass das Gesetz ihn überall im selben Sinne gebraucht haben kann. Nur die Schöpfung der formell vollendeten, materiell unvollendeten Delikten konnte dies verdunkeln.

weit dagegen das Gesetz einen correspondirenden höheren Verbrechensbegriff kennt, absorbirt dessen Thatbestand den des Unternehmens,[37] was sich daraus ergiebt, dass man sonst zu dem widersinnigen Resultate käme, den Mord eines Fürsten milder behandeln zu müssen als den einer Privatperson.[38] Ich bin deshalb der Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen den Fällen, in denen mit dem Ausdruck Unternehmen ein Verbrechensbegriff geschaffen und denen, in welchen damit der Versuchsbegriff erweitert werden sollte, nicht zu umgehen ist. Dort haben wir es mit selbständigen Delikten zu thun, die nur der für Versuche erachten kann, der nicht den Standpunkt des Gesetzgebers, sondern den des Thäters über den Eintritt der Vollendung entscheiden lässt. Ihre Unabhängigkeit von einem anderweitigen Verbrechensbegriff würde zu Tage treten, würden sie nicht ihrer Natur nach die Möglichkeit eines Versuches zurückweisen.[39] Hier bleibt die unselbständige Verbrechens-

---

[37] Derselben Ansicht Meyer: Lehrbuch S. 644 Nr. 4.

[38] Insoweit stimme ich mit Binding: Normen Bd. I S. 124 und 125 überein, dagegen weiche ich von ihm insofern ab, als er nach den Grundsätzen der Conkurrenz gestraft sehen will. Hat der Gesetzgeber die Bundesfürsten und die Fürsten befreundeter Staaten (§ 102) wirksamer geschützt, so hiesse es, die darin liegende Verschärfung abermals schärfen, wollte man die Conkurrenz von zwei Verbrechen annehmen. — Die Antinomie, welche der § 102 in Folge der Citation der §§ 80—86 enthielt, ist durch die Novelle beseitigt. Ich würde ihn nunmehr dahin interpretiren: Im Fall eines Mordversuches kommen die §§ 211 und 43 zur Anwendung, im Fall eines sog. untauglichen Versuches ist nach § 102 zu strafen, soweit man nach dem Geist des Gesetzbuches annehmen kann, dass es überhaupt hiergegen habe reagiren wollen. M. E. wird man über die Lehre der subjektiven-objektiven Theorie wohl nicht hinausgehen dürfen.

[39] A. M. Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 172. 173, obwohl er in seiner Versuchslehre Bd. II S. 271 und 272 anerkennt, dass von einem Rücktritt nicht die Rede sein kann, wenn der gesetzliche Thatbestand vorliegt. — Seine Annahme, dass man bei der von uns vertretenen Ansicht zur Statuirung eines Versuches vom Versuche kommen würde, ist nur eine Folge des falschen Begriffs, von dem er ausgeht. — Ferner A. M. Berner a. a. O. S. 172 u. Schütze: Lehrb. S. 236.

form gewahrt; sie zeigt sich nach zwei Richtungen hin, einmal darin, dass der Thatbestand des correspondirenden schwereren Deliktes den des Unternehmens in Wegfall bringt und sodann darin, dass sich die Annahme eines Versuches von dem Unternehmen auch dann verbieten würde, wenn die Construktion des Thatbestandes ihr nicht widerstände, während sich die Modifikation, die dadurch der Versuchsbegriff erleidet insofern kenntlich macht, als weder die für ihn angegebenen Merkmale zur Beurtheilung des Thatbestandes des Unternehmens herangezogen noch die Grundsätze über die strafbefreiende Wirkung des Rücktrittes zur Anwendung gebracht werden dürfen.[40]

Aber damit hat der Gesetzgeber seine Aufgabe nur nach der objektiven Seite erfüllt, die nach der subjektiven Seite hin ist damit noch nicht erledigt. Erfordert nämlich der Versuch begriffsmässig die Absicht, die abstrakte Möglichkeit in die conkrete Wirklichkeit zu verwandeln, so wird mit seiner Bestrafung nur die dolose Gefährdung getroffen, während damit der Frivolität noch keine Schranke gesetzt ist. Würde Jemand sein eigenes Haus in Brand stecken, um das Schauspiel, das Nero im grossen Maassstabe veranstaltet hat, im verjüngten zu geniessen, so wäre er, auch wenn er sich die Wahrscheinlichkeit, in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen, vorgestellt hat, vor jeder Anklage sicher, sofern es nur gelingt, das Feuer auf seinen Heerd zu beschränken.[41]

---

[40] Im Endresultat stimmen hiermit überein: Rüdorff: Commentar S. 166 zu § 43 Nr. 9. Oppenhoff: Commentar zu § 82 Nr. 7 S. 203.

[41] Es is bekannt, dass gerade der Rechtsbildung, zu der wir übergehen, von der Theorie mehrfach Opposition gemacht worden ist. Man hat gegen sie insbesondere eingewendet, dass sie den polizeilichen Standpunkt zu sehr urgire, statt der verbrecherischen Absicht sich mit dem blossen Bewusstsein begnüge und in der Praxis zu unerträglichen Härten führe. Mittermaier im Gerichtssaal pro 1859 S. 234-235. — Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 295. 296. — Osenbrüggen Abh. Bd. I S. 52. 53. — Ich glaube aber, dass sie einem unentbehrlichen Bedürfniss entspricht cf. Motive zu § 285 des Entw. I

Wollte nun der Gesetzgeber in der Weise procediren, dass er generell erklärt: eine Handlung, welche in abstracto geeignet ist, die Ursache zu der zum Thatbestand eines Verbrechens gehörigen Wirkung herbeizuführen, ist, wenn diese nicht eintritt, als Versuch oder als Gefährdung zu bestrafen, je nachdem der Thäter mit dolus oder mit dem Bewusstsein der Möglichkeit der daraus entspringenden Rechtsverletzung gehandelt hat, so würde er die Grenzen, deren Errichtung zur Erreichung seines Zweckes erforderlich ist, bei Weitem überschreiten und die freie Bewegung, deren der Mensch zur Entfaltung seiner Kräfte bedarf, in durch-

---

S. 180, und dass obendrein der Widerspruch Seitens der Wissenschaft nicht ganz begründet ist. Würde die Gefährdung von Rechtsgütern kein ausreichender Grund sein, eine Strafvorschrift zu erlassen, so liesse sich die Strafbarkeit des Versuches, sofern er keinen materiellen Schaden stiftet, kaum vertheidigen. Nicht minder hat der einen ausreichend verbrecherischen Willen an den Tag gelegt, der Handlungen, an denen er kein Rechtsinteresse hat, unter Umständen vornimmt, welche die gröbste Rücksichtslosigkeit gegen Leben oder Eigenthum seiner Mitmenschen verrathen. Endlich würde die Härte der Strafvorschrift allenfalls den Anspruch rechtfertigen, den Strafrahmen anders zu normiren, nicht aber den, von jeder Bestrafung zu abstrahiren. Ueberhaupt ist es bedenklich, aus exceptionellen Fällen Regeln ableiten zu wollen. Der Gesetzgeber kann sich nur an den Durchschnitt der gesammelten Erfahrungen halten. Die Antragsdelikte sind z. Th. aus dem Bestreben, für ganz ausserordentliche Complikationen Vorsorge zu treffen, hervorgegangen, und sie haben uns deutlich genug gezeigt, dass der legislatorische Standpunkt sich mit der Berücksichtigung von Singularitäten der seltensten Art nicht verträgt. Dies verkennt nicht blos v. Buri „Ueber Causalität und deren Verantwortung" S. 56—66, sondern seine Annahme, dass nach unserem Recht derjenige, welcher sein eigenes in einer Wüste belegenes, nur von ihm bewohntes Haus in Brand steckt, mit Zuchthaus bestraft werden müsste, ist auch gegenüber der ratio legis unhaltbar. — Jedenfalls ist es unzulässig, ein Gesetz, welches den dolus, fremde Sachen in Brand zu stecken, nicht erfordert, so zu interpretiren, als wenn es dies gethan hätte. (cf. die Auslegung der § 287 preuss. Straf-G.-B. von Zachariae a. a. O. S. 295 Nr. 1). Ebenso ist es unzulässig, von einem Versuch der Inbrandsteckung der fremden Sachen zu sprechen, wenn der dolus hierauf nicht gerichtet war (cf. die Auslegung desselben § von Mittermaier a. a. O. S. 235).

aus unzulässiger Weise hemmen. Die nothwendigsten Handthierungen liessen sich ohne die Besorgniss, dem Strafgesetz zu verfallen, nicht ausführen. Der Transport fremder Sachen würde gegen das Gefährdungsverbot verstossen, sofern er in einer Jahreszeit ausgeführt würde, in welcher die Unpassirbarkeit der Landwege die Möglichkeit des Umsturzes des Wagens nahe legt. Der Gesetzgeber hat daher bei der Creirung von Gefährdungsverboten mit den Bedürfnissen des Verkehrs zu rechnen und sich demgemäss die Selbstbeschränkung aufzuerlegen, nur aus solchen Handlungen einen Verbrechensbegriff zu bilden, die füglich vernünftigen Zwecken nicht dienen.[42] Aus der legislatorischen Intention, welcher die Gefährdungsverbote ihre Entstehung verdanken, ergiebt sich zugleich, dass sich deren Thatbestand von dem der Verletzungsverbote objektiv, von dem des Versuches subjektiv unterscheidet, indem ihnen einerseits das Consummationsmerkmal der Wirkung und andererseits das Begriffsmerkmal der Absicht abgeht.[43]

Am meisten zeigt diesen Charakter das Verbrechen der Vergiftung in der Fassung des § 197 preuss. Strafg.

„*Wer vorsätzlich einem Anderen Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.*“

---

[42] v. Buri a. a. O. S. 61 verkennt dies, wenn er erklärt:

„*Wer eine Pulverfabrik nachlässig betreibt, wer durch den Betrieb eines Steinbruches Felsmassen derart lockert, dass sie demnächst eine Mehrheit von Häusern zerschmettern können, erregt gleichfalls in hohem Grade eine, durch polizeiliches Einschreiten nicht immer zu beseitigende Gemeingefahr und wird doch stets erst dann bestraft, wenn wirklich ein Erfolg seiner Handlung eingetreten ist. Warum nun grade bei Brandstiftung und Ueberschwemmung die Erregung einer Gemeingefahr mit einer so ausserordentlichen Erhöhung der an sich verdienten Strafe bedroht wird, ist nicht einzusehen.*“

[43] Von dieser Wirkung und der hierauf gerichteten Absicht ist, wie sich dies aus dem Folgenden von selbst ergiebt, die Wirkung, aus der sich die Gefahr ergeben kann, und die auf diese Wirkung gehende Absicht wohl zu unterscheiden.

Das deutsche Strafgesetzbuch weicht in seinem § 229 von ihm insofern ab, als es den auf die Beschädigung der Gesundheit gerichteten dolus zu einem Begriffsmerkmal gemacht hat.[44] Meiner Ansicht nach liegt hierin keine Verbesserung. Für die Theorie erwächst hieraus die Schwierigkeit, das Delikt zu charakterisiren. Wer seinen Thatbestand als qualificirte Körperverletzung auffasst, kommt mit dem Gesetz in sofern in Widerspruch, als eine Beschädigung der Gesundheit zur Consummation nicht erforderlich ist, wer ihn als Lebensgefährdung bezeichnet, ignorirt wieder das Requisit des Vorsatzes und wer ihn endlich als vorsätzliche Körperverletzung und vorsätzliche Lebensgefährdung qualificirt,[45] legt dem dolus eine verschiedene Bedeutung bei. Für die Praxis ergiebt sich das vom Gesetzgeber kaum gewollte Resultat, dass straflos die gefährlichsten Experimente mit unserem Körper gemacht werden können, sofern sie glücklich ablaufen, und die Absicht die Gesundheit zu beschädigen, nicht vorliegt.

Minder deutlich macht sich das Bestreben des Gesetzgebers, dem Schutzbedürfniss einzelner Rechtsgüter dadurch zu genügen, dass er der auf den Erfolg gerichteten Absicht das Bewusstsein von der Möglichkeit der abstrakten Gefahr an die Seite stellt, in den Fällen bemerkbar, in denen er neben dem Gefährdungsverbot ein Verletzungsverbot nicht creirt und demgemäss die Würdigung einer eingetretenen Beschädigung und der auf ihre Herbeiführung gerichteten Absicht regelmässig beziehungsweise ausschliesslich der richterlichen Strafzumessung überlässt.[46]

---

[44] Die Motive geben von der qu. Abweichung nur folgende Rechenschaft: Der die Vergiftung behandelnde § 229 weicht nur insofern vom preuss. Straf-G.-B. ab, als durch die Worte „um die Gesundheit zu beschädigen" die verbrecherische Absicht ausdrücklich näher bezeichnet ist.

[45] cf. oben S. 271 Note 44.

[46] Daraus erklärt sich zugleich auch der weite Strafrahmen, welchen solche Gesetze darbieten. Dass damit dem Richter nicht für den geringsten strafbaren Effekt die höchsten Strafen zu Gebote ge-

Es könnte vielleicht den Anschein gewinnen, als wenn die Gefährdungsverbote einen Versuch aus dem Grunde nicht zulassen, weil ihr Thatbestand den Eintritt einer schädlichen Wirkung ausschliesst oder doch wenigstens nicht erfordert. Allein daraus, dass es keinen Versuch der Gefährdung giebt, folgt nicht, dass ein solcher der Wirkung, welche die Gefahr heraufzubeschwören geeignet ist, unconstruirbar wäre. Nur dann, wenn der Gesetzgeber die einzelnen Handlungen aufzählt, aus denen sich die Gefährdung ergeben kann, schneidet er die Möglichkeit der Annahme eines Versuches ab. Baut er aber den Verbrechensbegriff derart, dass er den Thatbestand nach der Wirkung beschreibt, deren Eintritt ihn mit Besorgniss erfüllt, so reservirt er sich die nöthige Handhabe, dem verbrecherischen Versuch auch bei den Rechtsbildungen der in Rede stehenden Art mit Erfolg zu begegnen. Wir wollen unsere Auffassung an der Hand der §§ 315. 308. 229 R.-St.-G. erläutern. Der § 315 schreibt vor:

„*Wer vorsätzlich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel, oder sonstiges Zubehör derselben dergestalt beschädigt oder auf der Fahrbahn durch falsche Zeichen oder Signale oder auf andere Weise solche Hindernisse bewirkt, dass der Transport in Gefahr gesetzt wird, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.*“

Eine Anklage wegen versuchter Entgleisung eines Eisenbahntransportes ist hiernach ausgeschlossen. Aus der Unselbständigkeit des Versuches gegenüber dem entsprechenden Verbrechensbegriff folgt von selbst, dass wenn das Gesetz einen Thatbestand, der als die bewirkte Entgleisung eines Eisenbahntransportes zu charakterisiren wäre, nicht kennt, ihm damit auch der Versuch eines solchen Delikts fremd ist. Ebensowenig liesse sich eine Anklage wegen Versuches

---

stellt sind, ist selbstredend. Damit erledigt sich das von v. Buri S. 63. 64 a. a. O. angeregte Bedenken, zumal er selbst S. 65 anerkennt, dass der Richter um so sorgfältiger die Strafe abzuwägen hat, je weiter die Grenzen sind, innerhalb deren er sich kraft des ihm dadurch vom Gesetzgeber geschenkten grösseren Vertrauens zu bewegen hat.

begründen, wenn nur die Gefährdung durch falsche Signale vorhergesehen wäre. Die Unmöglichkeit, eine Handlung zu versuchen, stände dem im Wege. Ganz anders verhält es sich mit der Beschädigung der Eisenbahnanlagen oder deren Beförderungsmittel. Hier bietet der Umstand, dass die Gefährdung von der Existenz einer Wirkung bedingt ist, für den Versuch den nöthigen Spielraum. Wir überzeugen uns hiervon, wenn wir den Fall fingiren, dass Jemand den Fahrdamm unterminirt, mit Sprengstoffen füllt, eine Explosion aber nicht verursacht. Seine Absicht war, wenn auch nicht auf die Gefährdung des Transportes, so doch auf die Zerstörung des Bahnkörpers gerichtet. Um sie zu realisiren, hat er einen Grund, der in abstracto die Fähigkeit besitzt, den Erfolg hervorzurufen, etablirt. Er hat sich mithin einer versuchten Beschädigung von Eisenbahnanlagen, deren Vernichtung geeignet ist, den Transport zu gefährden, schuldig gemacht. Seiner Verurtheilung in Gemässheit der §§ 315. 43 R.-St.-G. stände mithin — das Erforderniss des Gefährdungsbewusstseins vorausgesetzt — wohl kaum ein begründetes Bedenken entgegen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit einem nach § 308 Strf.-G.-B. zu construirenden Versuche. Derjenige, der sein eigenes Haus in Brand steckt, mag immerhin ohne die Absicht handeln, die Liegenschaften der Nachbarschaft einzuäschern, die, das ihm eigenthümlich gehörende Gebäude durch Feuer zu vernichten, kann ihm sicher nicht fehlen. Würde nun der Brand gelöscht werden, bevor die Flamme aufgeht,[47] so läge der Thatbestand der §§ 308. 43 vor: der Versuch der Brandstiftung des eigenen Hauses, qualificirt durch das Bewusstsein von der daraus den im Gesetz näher bezeichneten Gegenständen entspringenden Feuersgefahr.

Grössere Schwierigkeiten bietet das Verbrechen der

---

[47] Die Controverse, wann Vollendung der Brandstiftung eintritt, ist hierbei selbstredend ohne Einfluss, da es für unseren Zweck nur darauf ankommt, ein davor liegendes Stadium zu fingiren.

Vergiftung. Sie liegen in dem Zweifel, ob man das Beibringen von der Gesundheit schädlichen Stoffen als die Wirkung einer Handlung aufzufassen befugt ist.[48] Für den ersten Augenblick ist man geneigt, sich hiergegen auszusprechen und „beibringen" und „verabreichen" für synonym zu halten. Indess muss wohl der Ausdruck in einem umfassenderen Sinne interpretirt werden. Nach der Intention, welche der Gesetzgeber verfolgt, kann es keinen Unterschied machen, ob in den Körper Gift auf gewöhnlichem oder ungewöhnlichem Wege, ob durch Manipulationen, die den Genuss zur Folge haben, oder durch eine zwangsweise Injektion herbeigeführt wird. Jeder Weg, auf welchem die Aufnahme von schädlichen Stoffen durch den Organismus stattfinden kann, soll abgeschnitten werden. Wäre medicinisch die Resorptionsfähigkeit der Poren ausser Zweifel gestellt, so würde sich noch eine dritte Begehungsweise des Deliktes denken lassen. Demgemäss handelt es sich um die Frage, ob wir in der Absorption von Stoffen durch den Organismus eine Wirkung zu sehen haben. Erwägen wir, dass wir es hierbei mit einem Naturprocess zu thun haben, der einer Ursache bedarf, um sich zu entwickeln, so ergiebt sich die bejahende Antwort von selbst. Der Unterschied, ob eine Aenderung in dem bestehenden Zustand sich allmählich oder momentan vollzieht, ist dabei ohne Einfluss; es mag genügen, an die durch das Gesetz der Endosmose beherrschten Erscheinungen, an die Verdunstung flüssiger Körper, an die Erkaltung der Erdoberfläche zu erinnern. Zugleich ersehen wir aber auch hieraus, dass die Vergiftung ein Verbrechen ist, das nur durch das Verhältniss von Grund zur Folge consummirt werden kann. Die Ursache, welche die Absorption bewirkt, liegt ausser-

---

[48] Sollte man sich lieber zu der Annahme eines Erfolges anstatt einer Wirkung entschliessen wollen, so würde sich dadurch in der Sache selbst nichts ändern; nur das Verhältniss von Grund und Folge, nicht das von Grund und Wirkung ist für den Versuch entscheidend cf. oben S. 351.

halb der Handlung des Thäters. Mag auch dessen Absicht nicht auf die Zerstörung der Gesundheit gehen, auf die Beibringung der Substanz in dem entwickelten Sinne ist sie zweifellos gerichtet. Der Annahme eines Versuches der Vergiftung steht somit kein Hinderniss entgegen.[49]

Um das gewonnene Resultat de lege ferenda und de lege lata in Kürze zusammenzufassen, formuliren wir folgende zwei Grundsätze:

1. Will der Gesetzgeber innerhalb der Gefährdungsverbote die Bestrafung des Versuches ermöglichen, so hat er seine Vorschrift in der Form abzufassen, dass er im Thatbestand die Wirkung[50] *angiebt, in deren Eintritt er die Gefährdung erblickt.*

2. Ist ein Gefährdungsverbot in einem dem entsprechenden Gewande gegeben, so lässt es die Annahme eines Versuches zu, soweit der Thatbestand dies gestatten würde, wenn von den die Gefährdung charakterisirenden Momenten abstrahirt wird.

---

§ 14.

Der s. g. Versuch mit untauglichen Mitteln.

Die erste Consequenz, die wir aus unserer Definition abzuleiten haben, besteht darin, dass wir eine Handlung, die nicht die abstrakte Fähigkeit besitzt, die zum Thatbe-

---

[49] Im Endresultate, wenngleich in der Begründung in Folge der Verschiedenheit des Versuchsbegriffes selbstredend abweichend, stimmen hiermit überein: Mittermaier: im Gerichtssaal pro 1859 S. 447—450. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 171. Berner: im Gerichtssaal pro 1867 S. 14 Nr. 5. Erk. des Ober-Trib. vom 21. Mai 1862 in Oppenhoffs Rechtsp. Bd. II S. 411.

[50] Setzt man an die Stelle des Wortes „Wirkung" das Wort „Erfolg", so sind damit zugleich auch die Verbrechen getroffen, bei denen sich beide Begriffe nicht decken.

stand eines Verbrechens gehörige Folge hervorzurufen, aus dem Gebiete des Versuches hinausweisen. Die Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln hätte damit ihr Ende gefunden. Für unseren Zweck wäre es wenig förderlich, wollten wir uns mit ihrer Darstellung bis in die Details hinein befassen. Die Vordersätze, die zu ihr geführt haben, haben wir bei der Entwickelung der einzelnen Theorieen ausreichend beleuchtet. Wir hätten uns daher nur noch mit den Schriftstellern zu beschäftigen, die sie aus dem Zusammenhang losgelöst behandelt und sich dabei der Hoffnung hingegeben haben, die Richtigkeit ihrer Ansicht dadurch zu vertheidigen, dass sie die ihr entgegenstehenden Auffassungen widerlegten. Ist aber der Begriff, den man als richtig vorausgesetzt hatte, irrig, so wird für die Unanfechtbarkeit des eigenen Standpunkts nichts dadurch gewonnen, dass man aus der Fülle der verschiedenen zu Tage getretenen Meinungen eine herausgreift und die übrigen erfolgreich bekämpft. Wäre es daher Pfotenhauer gar gelungen, die Hinfälligkeit der Ansicht derer nachzuweisen, welche sich bis dahin gegen die subjektive Theorie gewendet hatten, insoweit dieselbe den Versuch mit untauglichen Mitteln nach dem aus ihrem Begriff fliessenden Maassstab behandelt sehen wollte; mit der Widerlegung der Gegner war die Richtigkeit der eigenen Basis noch nicht dargethan.[1] Dies hat auch Rubo verkannt, indem er den Schwerpunkt seiner Abhandlung „Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objekten“ in den Angriff gegen die divergirende Auffassung, anstatt in die Unterstützung seiner eigenen verlegt hat.[2] Zwar hat er nebenher auch selbständige Gründe zur Rechtfertigung seiner

---

[1] Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. — Ich will damit nicht behaupten, dass Pf. sich lediglich auf die Widerlegung der Gegner beschränkt hat, vielmehr nur ausdrücken, dass wir hierin den Hauptzweck des dogmatischen Theiles zu sehen haben.

[2] Rubo: im Gerichtssaal pro 1865 (Jahrg. XVII) S. 1 fg.

Ansicht erbracht;[3] ich kann jedoch nur Häberlin beitreten, wenn er ihnen die Beweiskraft abspricht.[4] Seine Deduktion ist nämlich derartig, dass sie zur Straflosigkeit des Versuches überhaupt führen würde. Soll nur diejenige That als gewollt zugerechnet werden dürfen, „welche die Verwirklichung einer bestimmten Absicht enthält und zugleich durch Ausführung eines behufs dieser Verwirklichung gefassten Vorsatzes herbeigeführt ist,“[5] so würde man sich vergeblich nach der Berechtigung des Staates umsehen, den zu bestrafen, der sich eines délit manqué schuldig gemacht hat. Rubo geht deshalb auch schon im folgenden Satz ein bedeutendes Stück zurück, indem er nur „die unvernünftige Absicht“ für der Realisirung unfähig erklärt. Abgesehen davon, dass jedes Verbrechen gegen die Gesetze der Vernunft verstösst, ist es nicht die Absicht, sondern die irrige Vorstellung, welche die Signatur des untauglichen Versuches bildet.[6] Noch weit weniger kann es uns darauf ankommen, mit denen zu rechten, welche an der Hand der Worte „Anfang der Ausführung“ ihr Votum in der in Rede stehenden Streitfrage zu begründen bemüht waren;[7] wir haben hier-

---

[3] Insoweit Rubo die Straflosigkeit des s. g. untauglichen Versuches auch noch deshalb vertheidigt, weil der Staat nur berechtigt sei, das Mögliche zu bestrafen — a. a. O. S. 7. 8 — macht er von demselben Mittel Gebrauch, durch das die objektive Theorie an ihr Ziel gelangen wollte. Die deshalb gegen sie zu erbringenden Gründe treffen daher auch auf ihn zu.

[4] Häberlin: Ueber den Irrthum im Strafrecht. Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865 S. 25—30.

[5] a. a. O. S. 9.

[6] cf. oben S. 317. 318. Rubo definirt an einer anderen Stelle S. 33 den Willen „als die als Einheit aufgefasste Vereinigung von Vorsatz und Absicht.“ (!)

[7] Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 130 S. 247. Derselbe: in Goltdammers Arch. Bd. V § 9 S. 583—588. Rossi: Traité de droit pénal Bd. II Chap. 30 S. 152—156. Mittermaier: im Gerichtssaal pro 1859 S. 409 fg. Berner: im Gerichtssaal pro 1865 S. 82. Scherer: Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekt im Gerichtssaal pro 1877 S. 481 fg. u. a. m.

über bereits an einer anderen Stelle das Nöthige bemerkt.[8] Vielmehr glauben wir zur Klärung der Sache mehr beizutragen, wenn wir in der Weise procediren, dass wir die Gründe erforschen, denen die Controverse ihre Entstehung verdankt, und sodann das Verhältniss der objektiven Theorie zu unserer Auffassung des Versuches beleuchten. Auf jenem Wege machen wir die Probe auf die Richtigkeit unserer Diagnose, wonach wir als den Sitz des Uebels den fehlerhaften Begriff bezeichnet haben, auf diesem die auf die Stichhaltigkeit unserer Prognose, wonach wir die naturgemässe Heilung von der von uns aufgestellten Definition erwarten.

So lange die italienische Doktrin in voller Blüthe stand, musste die Controverse, die uns nunmehr nahezu ein volles Jahrhundert drückt, dem Criminalrecht unbekannt bleiben. War jedes tendere ad delinquendum Versuch, so konnte es auf die Mittel, durch welche das verbrecherische Ziel angestrebt wird, nicht weiter ankommen. Mochte auch immerhin ein Irrthum den Thäter verleitet haben, sich von seinem Vorgehen einen Erfolg zu versprechen, den er nach den Gesetzen der Natur nicht davon hätte erwarten dürfen, seine Absicht hatte dadurch keine Alteration erfahren. Cogitavit et egit, nec perfecit: mehr Ansprüche stellte der italienische Begriff nicht an den verbrecherischen Versuch, und diejenigen, die er erhob, waren damit erfüllt; auf die Beschaffenheit der Handlung kam es dabei nicht im Mindesten an. Die uns von Seeger mitgetheilten Ansichten und Entscheidungen der Canonisten und Legisten[9] verhalten sich denn auch in der That gar nicht über die Fälle eines Versuches mit untauglichen Mitteln, deren Strafbarkeit ihnen danach unzweifelhaften Rechtens gewesen zu sein scheint, sondern über Fälle, in denen wir heut zu Tage von einem Putativdelikt sprechen würden. Aber freilich Mangel im That-

---

[8] cf. oben §§ 2 und 3.

[9] Seeger: Ueber die Ausbildung der Lehre vom Versuch § 4 S. 24 fg.

bestand und Conat waren für die Italiener Zwillingsbrüder, deren Verwechselung ihnen keine schwere Sorge machte. Wenn sie daher auch vereinzelt Bemerkungen fallen liessen, in denen sich eine bessere Einsicht durchbricht, im Allgemeinen herrscht unter ihnen keine Meinungsverschiedenheit darüber, dass die Bestrafung des vermeintlichen Diebes und des vermeintlichen Ehebrechers dem Geiste der Rechtsquellen entspräche, aus denen sie schöpften.[10]

Die Stellung, welche Schwarzenberg zu der Doktrin, die er bei seinen legislatorischen Arbeiten benutzt hat,[11] einnahm, wird sich wohl mit voller Sicherheit nicht feststellen lassen.[12] Der Art. 178 der P. G.-O. hat wenigstens zeither allen Bemühungen und Anstrengungen der Wissenschaft, seinen Sinn zu ergründen, in dem Maasse gespottet, dass er für gleich geeignet gehalten worden ist, die Lehre der subjektiven wie der objektiven Theorie zu stützen. Die einen lasen aus ihm heraus, dass er den untauglichen Versuch von Strafe verschont,[13] die andern, dass er ihn dem tauglichen gleich behandelt wissen wollte.[14] Ich für meinen Theil möchte mich der insbesondere von Luden[15] und Seeger[16] vertheidigten Ansicht anschliessen, wonach die Worte „etliche scheinliche wercke, die zur volnbringung der missethat dienlich sein mögen“ nur die Grenze zwischen dem strafbaren und dem straflosen Versuchsgebiet ziehen und mithin im Wesentlichen dem gleichen Zweck dienen

---

[10] Seeger a. a. O. S. 29—41.

[11] Hälschner: Geschichte des brandenburgisch-preuss. Strafrechts S. 90. 93. Seeger a. a. O. S. 29.

[12] Hälschner: System S. 194. Köstlin: System S. 229. 230.

[13] Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 136 S. 258—260. Mittermaier a. a. O. S. 404. 418. Hepp: Versuche S. 324. Rubo a. a. O. S. 9 und 10 u. a. m.

[14] Salchow: Lehrbuch des peinl. R. § 58 Note. Schröter: Handbuch des peinl. Rechts S. 120. Zirkler a. a. O. (N. Archiv des Crim.-R. pro 1839) S. 437—439.

[15] Luden: Abhandlungen Bd. I S. 475. 476. cf. auch Pfotenhauer a. a. O. S. 187—193.

[16] Seeger a. a. O. S. 28. 44. 45.

sollten, welchen man in der neueren Zeit durch die Worte „Anfang der Ausführung" erreichen wollte. Erwägt man nämlich, dass Petrus de bella Pertica auf den actus proximus et ordinatus ad principale intentum das entscheidende Gewicht legt und den davor liegenden Handlungen die criminalrechtliche Bedeutsamkeit abspricht, dass Bartholomaeus de Saliceto den strafbaren Versuch als eine Thätigkeit charakterisirt, die ihrer äusseren Erscheinung nach auf die Verübung eines Verbrechens hinweist, und dass mehrfach der eine wie der andere Gedanke, wenn auch in der Form verschieden, bei anderen Schriftstellern wiederkehrt,[17] so dürfte die Carolina in einem dem entsprechenden Sinne um so mehr aufzufassen sein, als damit die Auslegung übereinstimmt, welche sie in dem sich ihr unmittelbar anschliessenden Zeitabschnitte erfahren hat. Denn während Gobler sich darauf beschränkt, den Art. 178 ziemlich wortgetreu wiederzugeben,[18] paraphrasirt ihn Remus in einer Weise, die unverkennbar an die italienischen Quellen erinnert.[19] Ist aber die Interpretation eines Gesetzbuches zweifelhaft, so scheint mir diejenige am angemessensten zu sein, welche der

[17] Seeger a. a. O. § 5 S. 42 fg.

[18] Die Gobler'sche Uebersetzung lautet: Si quis maleficium adparentibus factis ad effectum, sive completionem maleficii conducentibus molitur seu conatur, ea voluntas, ex qua facinora aliqua (ut praeponitur) emergunt, criminaliter et poenaliter corripienda puniendaque est. Sed in alio casu severius quam in alio, ex respectu et qualitate caussarum. Idcirco judices poenam propter (ut sequitur) consultent, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda.

[19] Die Paraphrase von Remus lautet: Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione etc. sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur, in quo tamen divinitus quasi immissis obstaculis contra voluntatem deliberatam et opere complendam impeditus fuerit; hic animus malus, haec mens mala et ad malum projecta, haec maleficiendi libido e qua, quid intus fuerit, promanarit, si manifesta facta deprehendatur, extremo supplicio quibusdam atrocioribus casibus percellenda est: Aliquando tamen gravius, interdum observato delicti genere levius punitur conatus, quo in negocio judicum prudentia elucebit, qui ut tutius decernant, Togatorum clarissimorum consilio utentur.

Auffassung der ihr vorangehenden und der ihr nachfolgenden Periode gleichmässig entspricht.

Aber auch noch von einem zweiten Gesichtspunkt aus glaube ich den Nachweis führen zu können, dass es nicht in Schwarzenbergs Intention gelegen hat, mit der Tradition zu brechen. Von keiner Seite ist nämlich bisher bezweifelt worden, dass der Art. 178 der Carolina sich zum Mindesten auf alle in ihr vorhergesehenen Missethaten erstrecken sollte.[20] Die Stellung, die er darin einnimmt,[21] und die Wortfassung, die ganz allgemein gehalten ist, scheinen mir auch jede Veranlassung hierzu von vornherein abzuschneiden. Ein auf die verschiedensten Arten von Verbrechen bezüglicher Versuchsbegriff kann aber des gemeinschaftlichen Merkmals des Mangels der Vollendung nicht entbehren. Schwarzenberg muss daher zum Mindesten bei den formalen Verbrechen ganz ebenso Versuch und Anfang verwechselt haben, wie dies von allen seinen Vorgängern und Nachfolgern geschehen ist. Das cogitare, agere et non perficere wäre somit auch in seiner Gesetzgebung wiederzufinden. Die Annahme von Luden und Seeger, dass der italienische Versuchsbegriff von ihr stillschweigend recipirt und nur der Beginn der Strafbarkeit des Versuches von ihr ausdrücklich fixirt worden sei, hätte damit eine neue Bestätigung erfahren. Aber selbst, wenn man den Art. 178 in einem eingeschränkteren Sinn auffassen wollte, würde man damit nicht zu abweichenden Resultaten kommen. Die Carolina erwähnt der unterstandenen Missethat noch an einer anderen Stelle, im Art. 119, worin sie den Versuch der Nothzucht in der Anwendung von Gewalt zum Zweck der Beischlafs-

---

[20] Nur das Verhältniss des Art. 178 zu den Stellen des römischen Rechts, die man materiell als Versuche erachtete, ist streitig. cf. Cropp a. a. O. Lit. I S. 36. 37. Luden a. a. O. S. 36 fg.

[21] Er steht gewissermassen in dem allgemeinen Theile der Carolina; es geht ihm der Artikel voran, der „von straff der fürderung hilff vnd beistandt der missethäter“ handelt und es folgt ihm der von der Zurechnung („von übelthätern, die jugent oder anderer sachen halb ire sinn nit haben“).

vollziehung erblickt.[22] Sobald man daher annimmt, dass der Art. 178 ein Verbrechen, wie den Mord nicht übergangen haben kann, wäre die Subsumtion von in ihrem Charakter verschiedenen Verhältnissen unter einen Begriff dargethan, und damit der Schluss von selbst geboten, dass die voluntas sceleris und der conatus delinquendi in den Augen von Schwarzenberg ebenso identisch waren wie in denen der Italiener. Auf das cogitare; agere, et non perficere würde man mithin wieder zurückgedrängt werden.

Danach verbietet es sich selbstredend, den Worten „etliche scheinliche Werke, welche zur Vollbringung dienstlich sein mögen," den Sinn unterzulegen, als wenn dadurch die Controverse über den untauglichen Versuch zu Gunsten der objektiven Theorie hätte entschieden werden sollen. Abgesehen davon, dass Luden mit Recht hervorhebt, dass wir unter „scheinlichen Werken" nicht geeignete Mittel, sondern Handlungen, welche augenscheinlich auf die verbrecherische Absicht hinweisen, zu verstehen haben,[23] wäre danach die unterstandene Missethat nur für eine beschränkte Anzahl von Delikten charakterisirt gewesen. Man mag beim Morde, bei der Abtreibung der Leibesfrucht, bei der Brandstiftung u. s. w. die Frage nach der Beschaffenheit der Mittel mit der nach der Qualifikation des Versuches in Zusammenhang bringen, bei Verbrechen, wie dem Incest,[24] der Bigamie,[25] der Blasphemie,[26] dem Meineid,[27] der Unterschlagung[28] u. s. w. ist sie von selbst ausgeschlossen. Wenn wir daher von der Voraussetzung ausgehen müssen,

[22] cf. auch Art. 172, wo ein Versuch beschrieben wird, „so eyner vmb stelens willen inn eyn geweichte kirchen, Sacrament, hauss oder Sacristei bricht oder mit geuerlichen zeugen auffsperret."

[23] Luden a. a. O. S. 475.

[24] Art. 117.

[25] Art. 121.

[26] Art. 106.

[27] Art. 107.

[28] Art. 170 (die Carolina behandelt bekanntlich nur den Fall der Unterschlagung anvertrauter Sachen).

dass Schwarzenberg das Gebiet der unterstandenen Missethat nicht auf einen bestimmten Kreis von Delikten habe restringiren wollen, so ist eine Auslegung, die hiergegen verstösst, um so mehr zu verwerfen, als sie in das Mittelalter eine Anschauung hineinträgt, die sich erst in diesem Jahrhundert Bahn gebrochen hat.

Ebenso wenig werden wir aber auch Seeger[29] und Tittmann[30] beistimmen können, wenn sie annehmen, dass Schwarzenberg nicht alle Fälle des Versuches, die er für strafbar gehalten, erschöpfend habe umfassen wollen. Sollte der Art. 178 nur eine zeitliche Grenze zwischen einem straflosen und einem strafbaren Abschnitt ziehen, so ist es ebenso unthunlich, in seinen Worten eine Charakteristik der unterstandenen Missethat zu sehen, wie wenn man heut zu Tage aus den Worten „Anfang der Ausführung" Schlüsse auf das Wesen des Versuches ableiten wollte. Dafür, dass Schwarzenberg den neueren Codifikationen mit dem Beispiel vorangegangen wäre, den Rath der Rechtsverständigen anzurufen, um die Controverse über den untauglichen Versuch ihrer Lösung zuzuführen, gebricht es uns an jedem Anhalt. Vielmehr werden wir, wenn wir uns auf den Standpunkt stellen, auf den uns Seeger durch sein Quellenstudium verwiesen hat, die P. G.-O. wohl dahin interpretiren müssen, dass sie den italienischen Versuchsbegriff voraussetzt und sich nur über die Umstände ausspricht, unter denen sie peinliche Strafe für gerechtfertigt erachtet.[31] Alsdann würde ihr Sinn dahin gehen, dass jede auf eine peinlich strafbare Missethat gerichtete Thätigkeit, die so weit vorgeschritten ist, dass sie das Verbrechen hätte zu Wege bringen können, wenn kein vom Willen unabhängiger Umstand dazwischen getreten wäre, mit der poena extraordinaria geahndet

---

[29] Seeger a. a. O. S. 28. 29.

[30] Tittmann: Handbuch Th. I § 96 Note g.

[31] Für diese Auslegung scheint mir auch der Umstand zu sprechen, dass die Carolina auf die Willensseite ganz besonderen Nachdruck legt: solcher böser will, darauss etlich werck als obsteht, volgen."

werden sollte. Worin aber das Hinderniss, durch welches die Vollendung ausbleibt, bestehen müsse, wird von ihr nicht angegeben. Deshalb neige ich mich der Ansicht zu, dass uns die Carolina nicht berechtigt, zwischen der Wahl der Mittel zu unterscheiden, und dass wir nach ihr eine Verhinderung wider Willen ebenso in dem Falle anzunehmen haben, in welchem Jemand während der That ergriffen wird, als in dem, in welchem die erhoffte Wirkung kraft der Gesetze der Natur nicht eintritt. Diese Auffassung scheint mir auch am meisten dem Geist eines Gesetzbuches zu entsprechen, das die Zauberei, wenn sie einen Schaden oder Nachtheil verursacht hat, mit dem Feuertode, wenn sie dagegen erfolglos bleibt, mit einer willkürlichen Strafe bedroht.[32] Eine Zeit, die an metaphysische Kräfte glaubt, wird ein „obstaculum divinitus quasi immissum" auch da zu sehen geneigt sein, wo ein vorgefallener Irrthum die Pläne des Verbrechers zu Schanden macht. Nur so dürfte sich eine Erscheinung erklären, die sonst unser höchstes Befremden erregen müsste: das Schweigen der Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunders über eine Frage, deren Erörterung nicht zu umgehen gewesen wäre, wenn die peinliche Gerichtsordnung eine Bestimmung über die Beschaffenheit der Versuchsthätigkeit getroffen und sich nicht vielmehr lediglich über den Anfangspunkt der Strafbarkeit ausgesprochen haben würde.[33] Denn nur so lange, als die

[32] Art. 109. „Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheil zufügt, soll man straffen vom leben zum todt, vnd man soll solche straff mit dem fewer thun. Wo aber jemandt zauberey gebraucht vnd damit niemant schaden gethan hett, soll sunst gestrafft werden nach gelegenheit der sach darinnen die vrtheyler radts gebrauchen sollen, wie vom radt suchen hernach geschrieben steht."

[33] Soweit mir wenigstens bekannt, berührt nur Johann Samuel Böhmer in seinen Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam (1720) die Controverse, indem er ad Art. 130 § 1 i. f. bemerkt: Plane putativum veneficium vere tale non est; si opinio propinantem fefellit et materia, quam quis pro noxia porrexit, vere non nocuerit, cujusmodi casum de argento vivo alteri animo nocendi dato, respondisse Jenenses testatur Theodoric. C. VII aph. VI N. 15. Nam ani-

voluntas sceleris und der conatus delinquendi für gleichbedeutende Begriffe gehalten werden, liegt zu der Untersuchung nach der Beschaffenheit der Mittel keine Veranlassung vor. Ist jede Handlung, in der Absicht ein Verbrechen zu verüben, Versuch, wenn auch nicht strafbarer Versuch, so macht es keinen Unterschied aus, ob sich Jemand unschädlicher Substanzen oder sympathetischer Mittel bedient, um eine Tödtung zu bewerkstelligen. Die zwischen Vorbereitung und Ausführung errichtete Scheidewand stellt eine zeitliche Grenze dar und lässt den Charakter der That unberührt.

War obendrein ein Umstand geeignet, die Aufmerksamkeit von dem entscheidenden Punkte gradezu abzulenken, so war dies das Institut der ausserordentlichen Strafe. Dadurch hatte es der Richter alle Male in seiner Gewalt, sein Urtheil mit seinem Rechtsgefühl im Einklang zu erhalten. Deshalb entzogen sich die bedenklichen Symptome des falschen Begriffes seiner Beobachtung grade an der Stelle, wo sie sich sonst am meisten fühlbar gemacht haben würden. Hätte auf den versuchten Giftmord gegen Ende des vorigen Jahrhunderts die Todesstrafe gestanden, so hätte das Kammergericht zu Berlin wohl die peinlichsten Gewissensscrupeln empfunden, über zwei Angeklagte das Schuldig auszusprechen, die von der Anwendung von Quecksilber den Eintritt des Todes erwartet hatten. Da aber der

---

mus ad homicidium parum sufficit, si media ursurpata ad nocendum inepta, quanto magis a veneficio alienus erit, ubi venenum intercessisse non liquet. Wie wenig bedeutsam aber der Unterschied zwischen der Möglichkeit und Unmöglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges für die damaligen Zeiten war, ergiebt sich daraus, dass Böhmer nur wenige Zeilen später im Widerspruch mit der eben angeführten Stelle es für die zweite Stufe des Giftmordes ansieht, wenn eine Substanz dargereicht wird, quam quis perperam venosam putavit (§ 3 l. c.). Fast scheint es, dass er nicht ohne Reminiscenz an die L. 3 § 2 D. 48. 8 und L. 236 pr. D. 50. 16 für den Thatbestand des veneficium ein malum venenum für erforderlich, für den des Versuches nicht für erforderlich gehalten habe; alsdann würde auch er unserer Streitfrage noch ganz fern stehen.

Versuch mit arbiträrer Strafe zu ahnden war, so wurde die objektive Ungefährlichkeit durch die verhältnissmässige Milde der Sentenz ausgeglichen.[34] So heilte dasselbe Gesetz die Wunden, die es schlug, indem es den Fehler des Begriffs durch die Elasticität des Strafmaasses paralysirte. Die Täuschung, den Rechtszustand für gesund zu halten, weil die Quelle des Krankheitsstoffes zugleich die der Medizin war, lag daher allzunahe, als dass sie sich nicht von Generation zu Generation hätte fortpflanzen sollen.[35] Daraus erklärt es sich, dass am Anfang unseres Jahrhunderts die Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln dem Criminalrecht noch unbekannt war.[36] Wir können nicht sagen, dass damals der subjektive Standpunkt herrschte.[37]

---

34 Klein: Annalen Bd. IV (Jahrgang 1795) Nr. 6 und 7. Die Erkenntnisse sind in den Jahren 1788 und 1789 ergangen und lauteten auf eine zwei- resp. dreijährige Zuchthausstrafe.

35 Das im Text Gesagte findet durch Klein seine direkte Bestätigung, indem er zu der einen Entscheidung S. 64. 65 wörtlich hinzufügt:

„*Eine wahre Vergiftung ist weder ausgeführt noch unternommen worden. Dagegen mangelte es der Angeklagten nicht am bösen Vorsatz und sie hat von ihrer Seite Alles gethan, was sie für dienlich hielt, diesen Vorsatz auszuführen. Ihre böse Absicht ist also in eine äusserliche Handlung ausgebrochen, und sie kann daher nicht von aller Strafe frei bleiben. Als Giftmischerin aber kann sie nicht gestraft werden, ja sie kann nicht einmal mit der Strafe der zwar unternommenen, aber nicht ausgeführten Giftmischung belegt werden. Denn diese würde voraussetzen, dass die Angeklagte Anstalten gemacht habe, ihrem Ehemann ein wirkliches Gift beizubringen. Dieses ist aber nicht geschehen. Die Beibringung eines vermeintlichen Giftes wird aber willkürlich bestraft.*"

36 Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd I S. 236. Rubo a. a. O. S. 4. 5.

37 Wenn Seeger in Goltdammers Arch. Bd. XVIII (1870) S. 246, hervorhebt, dass noch 1836 der subjektive Gesichtspunkt vorherrschte, so erklärt sich dies daraus, dass die neue Lehre ihre Zeit brauchte, um sich durchzukämpfen. Haben doch Zachariae und Feuerbach selbst ursprünglich die entgegengesetzte Auffassung vertheidigt — cf. Zachariae a. a. O. S. 236 Note 1 und S. 239 — der deutlichste Beweis, dass die Vorzeit die Consequenzen des fehlerhaften Begriffes mit diesem ruhig hinnahm. Noch im Jahre 1827 hat das Obergericht

sondern wir werden uns wohl correkter dahin ausdrücken, dass sich bis dahin ein Zweifel über die Richtigkeit des traditionellen Begriffes noch nicht geltend gemacht hatte.

Erst Feuerbach warf im Jahre 1808 den Stein in das bis dahin ruhige Wasser[38], indem er im § 42 seines Lehrbuches erklärte:

„*Die rechtswidrige Absicht allein giebt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit. Wer von einem Verbrechen der Mittheilung eines vermeintlichen Giftes, von dem Versuch der Tödtung eines Leichnams und dergl. spricht, verwechselt das Moralische mit dem Rechtlichen, die Gründe der Sicherheitspolizei mit dem Recht zur Strafe und muss auch jenen Baiern eines strafbaren Versuches der Tödtung schuldig erkennen, der nach einer Kapelle wallfahrte, um seinen Nachbarn todt zu beten.*“

Deshalb stellte er das Princip auf, dass die Handlung, um unter den Begriff des strafbaren Versuches zu fallen, mit dem beabsichtigten Verbrechen im ursachlichen Zusammenhang stehen, dass sie den Charakter der objektiven Gefährlichkeit haben müsse.

Damit war nicht nur die Synomymität zwischen voluntas sceleris und conatus delinquendi zurückgewiesen, sondern auch die letzte Consequenz gezogen, zu der die herrschende Auffassung über das Wesen des Versuches hintrieb. Die Alternative war scharf genug gestellt: entweder musste der traditionelle Begriff aufgegeben oder der Missbrauch des Gebetes als Mordversuch anerkannt werden.[39] Hielt man daran fest, dass jede Handlung, in der Absicht ein

---

zu Zürich einen Menschen wegen versuchter Tödtung verurtheilt, der durch die Anwendung abergläubischer Mittel sich seiner Ehefrau entledigen wollte. cf. Zachariae a. a. O. S. 243 Note 1.

[38] Rubo regt a. a. O. S. 5 die Frage an, ob nicht Tittmann die Priorität gebühre; jedenfalls war aber das von Feuerbach gebrauchte Beispiel des Todtbetens von entscheidendem Einfluss.

[39] Das Todtbeten nicht als eine Willensäusserung, sondern als einen Wunsch aufzufassen, ist ein erst der Neuzeit angehöriger Versuch, das unbequeme Beispiel zu erledigen cf. oben S. 86.

Verbrechen zu begehen, Versuch sei, so musste der Definition zu Liebe der Todtbeter als Opfer fallen, gab man sie auf, so hatte man mit der Vergangenheit gebrochen. In dieser Situation nahm man zu einem Ausweg seine Zuflucht, der den Conflikt zwischen dem, was die Folgerichtigkeit erfordert hätte und dem, was das natürliche Rechtsgefühl nimmer zugestehen mochte, zu lösen bestimmt war: die Controverse über den untauglichen Versuch war damit eine Sache der Nothwendigkeit geworden.

Den diametral entgegengesetzten Standpunkt nimmt Lammasch ein, der in ihr einen überflüssigen Ballast sieht, den die Unklarheit vergangener Zeiten in die Versuchslehre hineingetragen habe. Er ist nämlich der Ansicht, dass „ein Geist, wie Feuerbach" nur deshalb in den schweren Irrthum verfallen konnte, dem Versuch das Prädikat der objektiven Gefährlichkeit zu geben, weil die Lehre vom Causalzusammenhang noch nicht genügend erforscht, die Präsumtion des dolus noch im Schwange, die Freisprechung von der Instanz noch an der Tagesordnung gewesen sei.[40] Demgemäss erachtet er gerade die Bewegung für beklagenswerth, die ich als einen eingreifenden Fortschritt der Wissenschaft begrüsst habe. Umgekehrt glaubt er da das volle Tageslicht aufgegangen, wo ich noch Nebel und Dämmerung erblicke. Denn auf die Causalitätslehre, zu der er sich bekennt, wonach allen Umständen, welche den Eintritt eines bestimmten Erfolges ermöglicht haben, die gleiche Mitwirksamkeit zugeschrieben werden soll,[41] ist bereits ein so tiefer Schatten gefallen,[42] dass man kaum geneigt sein wird, sie mit ihm noch länger als das grosse „Geheimniss" zu betrachten, dessen Schleier die Neuzeit gelüftet habe.[43] Aber auch abgesehen hiervon, wäre die Opposition gegen Feuerbach doch nur dann gerechtfertigt, wenn er auf die aktuelle Causalität, und nicht vielmehr auf die objektive

---

[40] Lammasch a. a. O. S. 31 fg.
[41] a. a. O. S. 5 fg.
[42] S. oben S. 163. 164. 342.

Gefährlichkeit das entscheidende Gewicht gelegt hätte. Soweit daher Lammasch deducirt, dass ein unterbrochener Causalzusammenhang eine contradictio in adjecto enthalte,[44] richtet er seinen Angriff gegen einen Gegner, der nicht existirt. So weit er dagegen den Begriff der Gefahr verwirft,[45] verfällt er in die ganze Reihe von Fehlern, mit denen wir uns bereits an früheren Stellen zu beschäftigen hatten.[46]

Noch weit mehr ist aber sein Blick getrübt, wenn er die den untauglichen Versuch betreffende Controverse mit einer praesumtio doli in Zusammenhang bringt. Daraus nämlich, dass bisweilen in der Litteratur für die Strafbarkeit des Versuches das Erforderniss aufgestellt worden ist, dass die Absicht sich in der verbrecherischen Handlung reflektiren müsse, schliesst er, dass die Grundsätze des Beweisrechtes die Richtigkeit des subjektiven Standpunktes verdunkelt haben.[47] Dabei übersieht er zunächst, dass damit keineswegs eine processualische Vermuthung zu Gunsten oder Ungunsten des Angeklagten etablirt, vielmehr materiell der Anfangspunkt der Strafbarkeit des Versuches fixirt oder dessen Beschaffenheit charakterisirt werden sollte.[48] Sodann macht er die objektive Theorie für eine Lehre verantwortlich, die gerade von der Gegenpartei cultivirt worden ist. Wenn auch Mittermaier und Rossi in vereinzelten Bemerkungen an den dolus ex re erinnern: seine Ausbildung hat er von Luden, John und Hälschner erfahren. Endlich lässt Lammasch unerwogen, dass wenn aus der Handlung die verbrecherische Absicht erhellen soll, die Beschaffenheit des Mittels und des Objekts zurücktritt. Kann man aus dem Abdrücken eines ungeladenen Gewehres oder aus einem Schuss gegen einen Leichnam auf den dolus schliessen, so leuchtet ein, dass der Irrthum, über den er sich

---

[43] a. a. O. S. 31.

[44] a. a. O. S. 7. 8.

[45] a. a. O. S. 10.

[46] S. oben S. 264 und S. 362.

[47] a. a. O. S. 32—34.

[48] cf. oben §§ 10 und 11.

beschwert, vorwiegend seiner eigenen Partei zu gute gekommen sein muss.

Bei dem dritten Grunde endlich, auf welchen Lammasch die Entstehung der Controverse zurückführt, brauchen wir nicht zu verweilen. Es ist zu selbstverständlich, dass die Lossprechung von der Instanz mit der Verschiedenheit in der Auffassung des Wesens des Versuches nicht im Connex steht, als dass wir hierüber auch nur ein Wort verlieren sollten. Ueberdies tritt die Hinfälligkeit der Conjekturen, die Lammasch angeregt hat, klar hervor, wenn wir erwägen, dass danach der Streit der Vergessenheit angehören müsste, während er mit ungeschwächter Kraft fortdauert. Hat der Irrthum der Controverse das Leben gegeben, so hätte ihr die bessere Erkenntniss das naturgemässe Grab bereiten müssen. Sublata caussa malum tollitur. Eine befremdliche Erscheinung der Vergangenheit wäre erklärt und eine befremdlichere der Gegenwart bliebe unaufgeklärt. Das Räthsel, wie die Divergenz der Meinungen entstehen konnte, wäre gelöst und das, wie der Zwiespalt sich zu erhalten und obendrein noch grössere Dimensionen anzunehmen vermochte, wäre an seine Stelle gerückt.

Damit glauben wir den ersten Theil unserer Behauptung bewiesen zu haben. Wenden wir uns nunmehr deren zweiten Theile zu, so machen wir die Probe auf die Stichhaltigkeit unserer Definition, wenn wir zunächst die Fehler, welche die objektive Theorie mit der Aufstellung des Unterschiedes zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln begangen hat, corrigiren und sodann untersuchen, ob die Einwendungen, welche die Wissenschaft hiergegen erhoben, den Begriff, von dem wir ausgehen, zu erschüttern im Stande sind.

Das von Feuerbach gewählte Beispiel des Todtbetens hatte in der Litteratur eine wahre Panik hervorgerufen. Die sonderbarsten Auswege wurden ergriffen, um sich mit ihm abzufinden. Einige Criminalisten modificirten ohne Weiteres ihre Ansicht dahin, dass sie zur Strafbarkeit des Versuches wenigstens ein dem Namen nach taugliches Mittel ver-

langten,[49] nicht ahnend, dass sie sich damit von der Auffassung lossagten, der sie im Herzen noch immer zugethan blieben. Rationeller verfuhr Hepp, der sich gegen die Beweiskraft des Beispiels wandte, und sich dadurch die Möglichkeit wahrte, an der Tradition festzuhalten. Um so verwunderlicher ist der Grund, mit dem er Feuerbach bekämpfte. Er wies nämlich darauf hin, dass der Beter zu Gott im Verhältniss des Anstifters zum Angestifteten stehe. Aus der Absurdität, das höchste Wesen zur Rechenschaft zu ziehen, leitete er sodann die Straflosigkeit des auctor intellectualis ab.[50] Noch andere halfen sich damit, dass sie das Todtbeten in das Reich der nuda cogitatio verwiesen, nichts destoweniger aber eine polizeiliche Ueberwachung für nicht übel angebracht erklärten.[51] Die objektive Theorie, deren Entstehung ich in jene Zeit zurückverlege, erfasste die Sache tiefer. Insbesondere war es Mittermaier, der im Jahre 1816 im Neuen Archiv des Criminalrechts den Gegensatz von absolut und relativ untauglichen Mitteln in die Litteratur einführte und von jenen lehrte, dass sie zur Kategorie des straflosen, von diesen, dass sie zu der des strafbaren Versuchs gehören.[52] Das von ihm gegebene Beispiel fand um so grössere Nachahmung, als das bedeutendste Werk, das wir über den Versuch besitzen, seine Ansicht adoptirte.[53] Dennoch barg der nicht zu verkennende Fortschritt eine Reihe von Missgriffen in sich.

Den ersten sehen wir darin liegen, dass der Ausdruck „untaugliches Mittel“ eine contradictio in adjecto, der Ausdruck „taugliches Mittel“ einen überflüssigen Beisatz enthält. Mit dem Begriff des Mittels ist der der Zweckdienlichkeit von selbst gegeben. So wenig man Chinin als ein

---

[49] cf. Zachariae a. a. O. § 126 S. 241.

[50] Hepp: Versuche S. 332. Derselbe: im N. Arch. des Crim.-R. pro 1836 S. 258.

[51] Pfotenhauer a. a. O. S. 36.

[52] Mittermaier a. a. O. Bd. I Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 183—195.

[53] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 239 fg.

taugliches und Cusso als ein untaugliches Tonicum bezeichnen kann, ganz ebenso ist es unstatthaft, Strichnin als ein taugliches, Quecksilber als ein untaugliches Tödtungsmittel aufzuführen. Was den Zweck zu vermitteln unfähig ist, verdient nicht das Prädikat des Mittels, und in der Fähigkeit, ihm zu dienen, ist die Tauglichkeit von selbst inbegriffen. Der von Mittermaier aufgestellten Unterscheidung fehlte mithin von vornherein der naturgemässe Inhalt.

Der zweite Fehler bestand darin, dass man zu einer Classifikation nach äusseren Merkmalen seine Zuflucht genommen hatte. Dadurch war es möglich, das Princip, zu dem man sich bekannte, hinterdrein wieder zu verleugnen. Anstatt auf die Fähigkeit, dem Zwecke zu dienen, das entscheidende Gewicht zu legen und daraus die Consequenzen abzuleiten, zog man es vor, in einer Anmerkung zu widerrufen, was man im Text gelehrt hatte. Hier erachtete man die Eigenschaft des Mittels,[54] dort den verbrecherischen Willen für massgebend.[55] Darum erklärte man den Gebrauch von Quecksilber für straflos, den von paralysirtem Gift für strafbar.[56] Zugleich ging hieraus der Widerspruch hervor, dass man zwischen Quale und Quantum unterschied, während man einen höheren Gesichtspunkt zur Geltung bringen wollte. So wenig man mit Natron einen Mord ausführen kann, so wenig ist dies mit einem Tropfen condensirter Schwefelsäure der Fall. Sollte es dem der Eintheilung zu Grunde liegenden Princip gemäss lediglich darauf ankommen, ob den Gesetzen der Natur zuwider oder ihnen gemäss vorgegangen wird, so vertrug sich damit schlecht die Behauptung, dass man es dort mit einem absolut, hier mit einem relativ untauglichen Mittel zu thun habe.[57]

---

[54] Mittermaier a. a. O. § 4 S. 170—172 und Seite 194 Note 24.

[55] Zachariae a. a. O. Bd. I § 128 S. 244. 245 und S. 240 Note 2.

[56] Mittermaier hat übrigens später die Inconsequenz verbessert und auch das neutralisirte Gift zu den absolut untauglichen Mitteln gerechnet cf. Gerichtssaal pro 1859 S. 440 und S. 448.

[57] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 239. Mittermaier a. a. O. S. 185; anders im Gerichtssaal pro 1859 S. 448.

Der dritte Fehler, den wir zu registriren haben, ist mit der Scheidung zwischen Mittel und Handlung begangen worden. Denn wenn auch nicht zu verkennen ist, dass Mittermaier und seine Nachfolger sich nicht, wie später Hertz,[58] das Mittel von der Handlung losgelöst gedacht haben, so haben sie doch das Verhältniss, in dem beide zu einander stehen, unaufgeklärt gelassen. Bei den Mitteln kann man deren abstrakte Fähigkeit, dem Zwecke zu dienen, in Erwägung ziehen, an das Verhältniss zwischen That und Erfolg lässt sich nur ein conkreter Maassstab legen. Ist etwa die abgeschossene Kugel an einem Panzer abgeprallt, so halte ich es für unthunlich, die Frage aufzuwerfen, ob der eingeschlagene Weg geeignet war, die Absicht zu verwirklichen. Die Möglichkeit gehört der Zukunft, die Wirklichkeit der Vergangenheit an, für jene ist die Abstraktion die Geburts-, für diese die Todesstätte. Wie dieser Conflikt zu lösen sei, ist von der objektiven Theorie auch nicht entfernt angedeutet worden.

Schwerer wiegt noch der vierte Fehler. Der einen Kategorie ward eine andere Charakteristik gegeben als der anderen. Jener sollte die objektive Gefährlichkeit, dieser die objektive Gefahrlosigkeit eigenthümlich sein, dennoch wurden beide unter einen Begriff gezogen. Anstatt auf Feuerbachs Anregung die Basis der ganzen Lehre zu prüfen, anstatt zu erwägen, dass es ein Widerspruch sei, zwei ihrer Natur nach verschiedene Species zum selben genus zu zählen, anstatt die Alternative, vor die man gestellt war, in voller Klarheit zu erfassen, schlug man einen Mittelweg ein: man hielt verbunden, was man verbunden vorgefunden, und man trennte wieder hinterdrein, was man zuvor zusammengefügt hatte.

Damit war der fünfte Fehler gegeben. Wiederum wurden die Strafrechtstheorieen zu Hilfe gerufen, damit sie die Geister bannen sollten, unter deren Herrschaft man sich ohne

---

[58] S. oben S. 195 fg.

Noth begeben hatte.[59] Das Gefühl ward in die Wagschaale geworfen, mit Beispielen und Gegenbeispielen suchte man sich gegenseitig ad absurdum zu führen — eine Erscheinung, die von unserem Standpunkt, aus sich heraus erklärlich, Pfotenhauers Erstaunen wachruft.[60] Die schiefe Ebene war damit betreten. Während man hätte lehren müssen, dass die mit untauglichen Mitteln unterstandene Missethat zwar strafbar, aber nicht Versuch sei, wurde der Satz umgekehrt und demonstrirt, dass sie zwar Versuch, nicht aber strafbar sei. Der Kreislauf hatte sich vollzogen. Hatte vorher die Besorgniss, das strafbare Gebiet zu weit auszudehnen, zum Abfall von der italienischen Doktrin angetrieben, so musste nunmehr die, den Kreis zu eng zu ziehen, zum Widerspruch gegen die neue Theorie anreizen. Auf jener Seite sah man die Warnungstafel, die Feuerbach errichtet hatte, auf dieser die Gefahr für die öffentliche Sicherheit, wenn man die Ruchlosigkeit, deren Plan an einem Irrthum gescheitert war, zu einem unsträflichen Spiel erklärte. Mittelmeinungen

---

[59] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 244—246. Mittermaier: Gerichtssaal pro 1859 S. 426 fg. Derselbe meint zwar, dass der „weise Gesetzgeber“ nur den Anfang der Ausführung bestrafen könne, findet es indess nicht ganz unbegründet, dass einige italienische Gesetzesbücher einige Fälle des untauglichen Versuches bestrafen cf. S. 416. Der von ihm gegen einzelne Gerichtshöfe erhobene Vorwurf — cf. S. 438 — dass sie sich durch die Tagesströmung hätten verleiten lassen, da freizusprechen, wo eine Verurtheilung geboten gewesen wäre, verkennt denn doch die Schwierigkeiten, welche die von ihm gelehrte Theorie einer geordneten Rechtspflege und der Praxis bereitet. Ebensowenig können wir ihm beistimmen, wenn er annimmt, dass die Vorliebe für die Präventions- und Abschreckungstheorie und für einen mystischen Formalismus dem subjektiven Standpunkt Einfluss verschafft — S. 426 — und dass die Verschiedenheit in der Rechtsprechung in einer unklaren Auffassung einer klaren Lehre ihren Ursprung hat (cf. S. 438). — Es ist bekannt, dass die objektive Theorie zeither lediglich mit den Strafrechtstheorieen operirt hat, um die Controverse zu lösen.

[60] Pfotenhauer a. a. O. S. 29. 30 cf. auch S. 104 und S. 105 Note 139, der übrigens in ganz gleicher Weise procedirt cf. S. 86. 87 S. 102 S. 105 fg.

mussten sich bilden, um das eine wie das andere Extrem zu vermeiden; aber die aus widerstrebenden Elementen geschaffene Verbindung zerfiel, sobald ein Tropfen Scheidewasser sie berührte. Die Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln fand daher in jeder Anstrengung, sie zu lösen, neue Nahrung: das Wasser, das man in die Flamme giessen wollte, ward zum Oele, das sie reichlich speiste. Wer den Keim, den die objektive Theorie ausgestreut hatte, fortentwickelte, verletzte immer tiefer das Rechtsgefühl derer, welche erkannten, dass die That desjenigen, der in Folge einer Paralysirung des Giftstoffes, die sich wider sein Wissen vollzogen hatte, nicht zum Mörder ward, eine zu tiefe Verschuldung an den Tag lege, als dass sie für rechtlich irrelevant hätte erachtet werden können. Wer wieder die Anwendung von absolut unschädlichen Substanzen als Versuch bestraft sehen wollte, stiess diejenigen von sich ab, welchen das Gefühl sagte, dass die Möglichkeit des Gelingens das Wesen des Versuches ausmache. Wer endlich einen Compromissvorschlag entgegenbrachte, erregte dort wie hier Widerspruch, dort weil in der Subjektivität, hier weil in der Objektivität eine Verschiedenheit nicht wahrzunehmen war.

Von allen beregten Fehlern der objektiven Theorie ist zeither nur einer verbessert worden. Der Unterschied zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln ist als unhaltbar erkannt und der zwischen einer Handlung, welcher die Möglichkeit innewohnt, zum Ziele zu führen und der, welcher diese Fähigkeit abgeht, an seine Stelle gesetzt werden. Insbesondere haben Geyer[61] und Rubo[62] darauf hingewiesen, dass es objektiv auf dasselbe hinauskommt, ob ein untaugliches oder ein unzulängliches, ob ein von Hause aus un-

---

[61] Geyer: Erörterungen über den Thatbestand der Verbrechen § 9 S. 65—68. Derselbe: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen im Gerichtssaal pro 1866 S. 70 fg.

[62] Rubo a. a. O. S. 7—52. Anscheinend derselben Ansicht: Osenbrüggen Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht Bd. I S. 39, 44, 45.

geeignetes oder ein hinterdrein durch Paralysation unwirksam gewordenes Mittel zur Anwendung gebracht wird und ausschliesslich auf die Möglichkeit und Unmöglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges Gewicht gelegt.

Insoweit stimmen wir mit ihnen überein, im Uebrigen trennt sich unser Weg von der objektiven Theorie. Mit dem s. g. untauglichen Versuch haben wir keine Gemeinschaft, wir weisen ihn aus dem Gebiete des Versuches bedingungslos heraus. Umgekehrt halten wir den Staat nicht blos für berechtigt, sondern sogar für verpflichtet, Handlungen, die man mit diesem Namen zu bezeichnen pflegt, unter Strafe zu stellen. Dass die Gerechtigkeit ihr Veto erheben sollte, wenn wir Rechenschaft von dem fordern, der es von seiner Seite an Nichts hat fehlen lassen, ein zur Rechtsgemeinschaft gehöriges Gut zu vernichten, ist von vornherein nicht glaublich. Die sittliche Verschuldung ist zu flagrant, als dass der aus ihr entsprossenen That der verbrecherische Charakter abgesprochen werden könnte. Die Gründe, mit denen man hiergegen ankämpft, sind von der Noth gezeugt; sie tragen die Spuren der Dürftigkeit an der Stirn. Hat doch Geib zur zuckergebackenen Pistole und zu einem Blaserohr als Mordinstrument seine Zuflucht nehmen müssen, um zu beweisen, dass nur das unjuristische Gefühl des Laien es seltsam finden kann, wenn der straffrei ausgeht, der mit der Axt den Schädel eines Leichnams spaltet, weil er die Ruhe des Todes für die des Schlafes hielt.[63] Nur ein Argument fällt schwerer in die Waagschale, nämlich das, dass der Staat nicht berechtigt sei, Rechtsverletzungen, die dem Gebiet der Unmöglichkeit angehören, vor den weltlichen Richterstuhl zu ziehen. Wir wollen uns deshalb auf seine Widerlegung beschränken, zumal die Deduktionen, mit deren Hilfe man die Straflosigkeit des untauglichen Versuches darzuthun gedachte, im Wesentlichen mit den uns bereits bekannten Gründen übereinstimmen, durch die man die verschiedene Behandlung der Vorbereitungs- und Ausführungs-

[63] Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 308 und 309.

handlungen zu rechtfertigen trachtete.[64] So sehr auch die von Romagnosi aufgestellte[65] und seitdem in der Litteratur mehrfach wiederkehrende Behauptung,[66] dass eine Codifikation ihre Schranken überschreite, welche in der Gefährdung eines Rechtsgutes, dessen Verletzung durch die Gesetze der Natur ausgeschlossen sei, eine verbrecherische That sehe, auf den ersten Blick bestechen mag; bei genauerer Prüfung erweist sie sich als unhaltbar. Denn der Schutz, welchen der Gesetzgeber den ihm anvertrauten Rechtsgütern dadurch gewährt, dass er die Möglichkeit ihrer Verletzung als Versuch bestraft, ist freilich überflüssig, wenn ihn die Natur dieser Sorge überhebt. Daraus folgt jedoch keineswegs, dass eine That, die nicht als Gefährdung in Betracht kommen kann, damit von selbst jede criminalrechtliche Erheblichkeit verliere. Mag man sich auch verhindert fühlen, denjenigen, welcher in Folge einer Verwechslung ein unschädliches Pulver anstatt einer giftigen Substanz in ein Getränk mischt, wegen Mordversuches anzuklagen; der Beweis der Unzulässigkeit, ihn wegen eines Angriffes gegen den Frieden und die Sicherheit der Rechtsgemeinschaft zur Verantwortung zu ziehen, ist damit noch lange nicht geführt. Zu leicht hat sich aber Hepp die Widerlegung Romagnosi's gemacht, wenn er einwendet, dass die Straflosigkeit des Versuches überhaupt in der Consequenz seiner Anschauung liege; denn auch bei der Anwendung unzulänglicher Mittel sei der durch die Naturgesetze gewährte Schutz ein absoluter.[67] Nur die abstrakte Folge, nicht der concrete Erfolg steht in Frage, wenn es sich um die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges handelt.

---

[64] Zachariae a. a. O. Bd. I § 110 S. 206 und 209 und § 128 S. 244. 245. Mittermaier a. a. O. (Gerichtssaal pro 1859) S. 210 und S. 426 S. 213—215 und S. 423—425. Rossi a. a. O. Bd. II Chap. 27 S. 115—122 und Chap. 30 S. 152—156.

[65] Romagnosi: Genesis des Strafrechts (Luden'sche Uebersetzung) Bd. II § 747 S. 43.

[66] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 245. Heffter: Lehrbuch § 75 Note 5 in Verbindung mit § 36 S. 66 und S. 37. Rossi a. a. O. S. 153.

[67] Hepp: im N. Arch. des Criminalrechts pro 1836 S. 259.

Noch weit weniger kann davon die Rede sein, dass man über die Unmöglichkeit richtet, wenn man den s. g. Versuch mit untauglichen Mitteln bestraft.[68] Das Geschehene gehört der Wirklichkeit an, und das, was unausführbar erscheint, bildet nicht den Gegenstand der Untersuchung.[69] Ueberdies beweist der Grund zu viel und eben darum nichts. Soll der Staat nur dann berechtigt sein, gegen den verbrecherischen Willen zu reagiren, wenn er die Möglichkeit einer Rechtsverletzung befürchtet, so würde er die Blasphemie aus der Reihe der Delikte streichen müssen. Erkennen wir aber an, dass aus der Unverletzbarkeit des höchsten Wesens nicht folgt, dass die Gotteslästerung in ihrer Eigenschaft als Verhöhnung des religiösen Gefühles der menschlichen Gesellschaft Anspruch auf Straflosigkeit erheben dürfe,[70] so werden wir auch zugestehen müssen, dass wir keine Ungerechtigkeit begehen, wenn wir der Rechtsordnung für eine That, die sich nicht als Gefährdung eines Rechtsgutes qualificirt, von einem anderen Gesichtspunkt aus Genugthuung verschaffen.[71]

Selbstredend liegt mir dabei die Behauptung fern, dass jede auf die Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung, wenn auch nicht als Versuch, so doch als selbständiges Delikt der Strafjustiz verfallen sollte; ich habe vielmehr nur der Ansicht entgegentreten wollen, wonach eine Handlung, die nicht die Merkmale des Versuches an sich trägt, damit eo ipso aufhöre, eine Auflehnung des Individualwillens gegen den allgemeinen Willen zu enthalten.

---

[68] Rubo a. a. O. S. 7 und 8.

[69] Schwarze: in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 295 hat zwar insoweit Recht, als er darauf hinweist, dass von einer Bestrafung des Unmöglichen nicht die Rede sei, allein meines Erachtens Unrecht, wenn er daraus das Vorhandensein des Versuches ableitet.

[70] M. A. n. ganz zutreffend hervorgehoben in den Motiven eines Straf-G.-B. für den Nordd. B. S. 147.

[71] Ganz ebenso scheinen mir die Motive zu § 189 R.-G.-B. wohl begründet zu sein. Daraus, dass die Ehre eines Verstorbenen nicht mehr verletzbar ist, folgt nimmermehr, dass die Ueberlebenden nicht vor Beleidigung ihrer Pietätsgefühle geschützt zu werden brauchen.

Der zweite Punkt, worin ich von der objektiven Theorie abweiche, beruht auf der verschiedenen Würdigung der Versuchsthätigkeit. Weder billige ich die Abstraktion, in die man verfällt, wenn man die Eigenschaft des Mittels untersucht, noch den conkreten Standpunkt, zu dem man gedrängt wird, wenn man das Verhältniss zwischen der That und dem beabsichtigten Erfolg in Betracht zieht, sondern ich suche den einen wie den andern Fehler dadurch zu vermeiden, dass ich eine Proportion aufstelle. Denn nur dann, wenn sich die conkrete That zu dem conkreten Erfolg wie der abstrakte Grund zur abstrakten Folge verhält, nehme ich meiner Definition entsprechend Versuch an. Zur Veranschaulichung unseres Standpunktes wollen wir das Beispiel wählen, welches zeither der objektiven Theorie die erheblichsten Schwierigkeiten bereitet hat, so dass es von ihren Gegnern benutzt worden ist, die Unhaltbarkeit der ganzen Lehre darzuthun.[72] Nehmen wir also an, es handle sich um die Beurtheilung eines Pistolenschusses aus zu grosser Distance. Legen wir lediglich auf die Beschaffenheit des Mittels Gewicht, so stände nichts im Wege, den zu verurtheilen, welcher vom Strande des Oceans auf einen in einem Schiff befindlichen Passagier die Waffe losdrückt, mag auch immer die Entfernung vom Hafen die Tragfähigkeit einer Kanone überschreiten. Die abstrakte Tauglichkeit des Mittels wird durch die Distance nicht beeinflusst.[73]

[72] Häberlin: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln im Gerichtssaal pro 1864 S. 230. 231. Pfotenhauer a. a. O. S. 90 Note 125.

[73] Selbst wenn daher die Versicherung von Zachariae, dass der Unterschied zwischen untauglichen und unzulänglichen Mitteln „wahrhaftig nicht schwer einzusehen sei" — a. a. O. S. 240 — über allen Zweifel erhaben wäre — über die Schwierigkeiten, die damit überwunden werden sollten, kämen wir damit noch immer nicht hinweg. — Wenn Mittermaier für die Richtigkeit seiner Ansicht sich darauf beruft, dass die Gesetzgebungen, welche den untauglichen Versuch bestrafen, Ausnahmen von dem Princip zu machen genöthigt sind a. a. O. S. 433, so dürfte ihm entgegenzuhalten sein, dass darin der Ansatz liegt, zwischen Handlungen, die in ihrer Eigenschaft als Versuch und solchen, die von einem anderen Gesichtspunkt aus, zu bestrafen

Zwar wendet Zachariae hiergegen ein, dass „natürlich“ nur dann von einem strafbaren Versuch die Rede sein könne, wenn der Zwischenraum zwischen dem Thäter und seinem Ziele der Möglichkeit zu treffen, nicht entgegensteht;[74] damit ist aber eine Erklärung, mit welchem Recht dasselbe Mittel bald als tauglich, bald als untauglich bezeichnet werden darf, nicht gewonnen. Umgekehrt lässt Mittermaier das untaugliche Mittel sich unter der Hand in ein „unzulängliches“ verwandeln, wenn die Entfernung ihm zu wenig beträchtlich erscheint, als dass er nicht die Unzuträglichkeit eines consequenten Vorgehens hätte herausfühlen sollen.[75] Berücksichtigen wir dagegen die That in ihrem Verhältniss zum beabsichtigten Erfolge, so kämen wir, auch wenn der Schuss aus grösster Nähe abgefeuert wird, jedenfalls dann immer zur Annahme der Unmöglichkeit der Bildung eines Causalzusammenhanges, wenn es sich um ein délikt manqué handelt. Fehlt der Mörder sein Ziel, so kann aus dieser Constellation der conkreten Umstände niemals eine Todesursache entspringen. Nach unserer Auffassung haben wir uns weder die Frage vorzulegen, ob eine Pistole ein Mittel zur Tödtung ist, noch die, ob A mit seiner Pistole in der gegebenen Distance den B tödten konnte, sondern die, ob ein Pistolenschuss in einer Entfernung gleich der gegebenen eine Todesursache eines menschlichen Wesens hervorzurufen

---

sind, zu unterscheiden. — Wenn Geib endlich den Unterschied zwischen den beiden Arten der Mittel dadurch klar machen will, dass er den „ruhigen Zuschauer“ darüber entscheiden lässt, ob er den Eindruck von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Erfolges gewinnt — a. a. O. S. 310 — so ist damit die Lehre von absolut und relativ untauglichen Mitteln nicht vereinbar. Ueberdies will es mir scheinen, dass wir, um uns ein Urtheil über die potentielle Causalität zu bilden, nicht nöthig haben, eine Figur in das Criminalrecht einzuführen, die darin dieselbe Rolle spielen soll, wie der Chor in der griechischen Tragödie. Noch weiter geht in dieser Beziehung Otto a. a. O. S. 88, der einen Zeugen der That als Personifikation des allgemeinen Sicherheitsgefühls dem Verbrecher als Begleiter an die Seite giebt.

[74] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 239 Note 1.

[75] Mittermaier a. a. O. S. 446.

geeignet ist. Bejahen wir die Frage, so drücken wir damit aus, dass die That des A in ihrer Beziehung zu dem beabsichtigten Erfolge dem abstrakten Verhältniss von Grund und Folge entspricht, und wir haben mithin Mordversuch anzunehmen. Verneinen wir sie, so ergiebt sich mit der entgegengesetzten Folgerung die entgegengesetzte Entscheidung von selbst. Daraus geht zugleich hervor, dass die Entfernung allerdings von dem erheblichsten Einfluss ist. Ist sie so bedeutend, dass das Ziel der Wirksamkeit der Waffe in genere entrückt ist, so ist damit das durch die Abstraktion gewonnene Verhältniss von Grund und Folge zerstört. Umgekehrt werden wir danach wieder einen Mordversuch als vorliegend zu erachten haben, wenn sich etwa der Thäter anstatt einer Pistole eines Zündnadelgewehrs bedient haben sollte. Die Distance, welche dort das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge aufhebt, mag hier immerhin noch ausreichend sein, es dem veränderten Mittel gegenüber bestehen zu lassen.

Die Combination, der wir somit das Wort reden, führt keineswegs, wie es den Anschein gewinnen könnte, zu unzulässigen Abstraktionen. Die verbrecherische That wird auch von uns in ihrer ganzen Totalität gewürdigt. Nur zur Eruirung, ob ihr der Charakter der potentiellen Causalität innewohnt, welcher nach unserer Ansicht das Wesen des Versuches ausmacht, haben wir die Proportion aufzustellen, von der wir gesprochen haben. Wir nehmen mit anderen Worten die Thatsachen eben hin, wie sie der konkrete Fall zur Erscheinung bringt, und nur um ihrer rechtlichen Qualificirung willen haben wir einen etwas complicirten Schluss zu machen. Ist die Subsumtionsthätigkeit des Richters, wenn er das Gesetz auf den Thatbestand der Vollendung anzuwenden hat, verhältnissmässig einfach, so ist sie hier mit grösseren Schwierigkeiten verbunden; im Uebrigen aber bildet dort wie hier das Geschehene den unantastbaren Boden, auf dem er sich zu bewegen hat.

Vielleicht dürfte die Neuerung, die der von uns construirte Versuchsbegriff in seinem Gefolge hat, minder auffällig er-

scheinen, wenn wir darauf hinweisen, dass wir damit den von Feuerbach ausgestreuten Gedanken fortentwickeln und ihm damit die Lebensfähigkeit geben, deren er zeither ermangelt hat. Er hat der objektiven Schule vorgeschwebt, als sie den Unterschied zwischen den beiden Kategorieen der Mittel aufstellte; er liegt der Anschauung derer zu Grunde, welche die darin liegende Irrigkeit erkannt und an seine Stelle den zwischen der Möglichkeit und Unmöglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges gesetzt haben. Ihn hat Rossi ausdrücken wollen, als er die Verschiedenheit zwischen dem untauglichen[76] und tauglichen Versuch unter Anderem dahin illustrirte, dass dort derselbe Akt, zu beliebigen Malen wiederholt, nimmer den Erfolg zu produciren vermöge, während er hier seine causale Natur hervorkehren würde.[77] Hiergegen ist zwar eingewendet worden, dass der Irrthum durch den Schein der Wahrheit verdeckt sei, indem die Wiederholung eines Fehlschusses nicht mehr zu fürchten sei, als die der Handthierung mit einem ungeladenen Gewehr.[78] Aber das Bild ändert sich sofort nach beiden Seiten hin, wenn wir den Ausspruch von Rossi, dem insoweit auch Carrara beigetreten ist,[79] tiefer erfassen. Wollen

---

[76] Sit venia verbo; der Abkürzung wegen bediene ich mich dieses Ausdrucks, so sehr ich auch mit Rossi übereinstimme, dass es ein Missbrauch ist, hier von Versuch zu sprechen a. a. O. Bd. II S. 152. „A vrai dire, c'est un abus de mot que d'appeler ces actes une tentative d'empoisonnement, de meurtre etc.“ Schon danach liegt die Sache keineswegs so zweifellos, wie Häberlin im Gerichtssaal pro 1872 S. 275 annimmt, wenn er erklärt, dass der untaugliche Versuch unbedenklich unter den Begriff falle, weil sonst von einem Versuch nicht die Rede sein könne, zumal Rossi mit seiner Ansicht nicht vereinzelt geblieben ist. cf. Pfotenhauer a. a. O. S. 34. Geyer: Erörterungen S. 69.

[77] Rossi a. a. O. S. 157. 158. Qu'on répète le même acte dix, vingt fois, le crime n'aura jamais lieu. — Q'uils répètent le même acte et ils réussiront.

[78] Pfotenhauer a. a. O. S. 91. Luden a. a. O. S. 476 Note 1.

[79] Carrara: Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (Conato. Complicità) Lucca 1870 § 70 S. 50. 51.

wir ihm nicht die Sinnlosigkeit suppeditiren, dass er die Wiederholung der misslungenen That unter den ganz gleichen conkreten Verhältnissen in dem einen Fall für chancenreicher als in dem anderen erkläre, so werden wir ihn dahin interpretiren müssen, dass er sich von der Wiederholung eines Grundes, der in abstracto causale Fähigkeit besitzt, verhalte. Hiergegen wird man füglich nicht opponiren können. Mag auch die Anwendung des Gesetzes, wonach der Grund in abstracto die Folge herbeizuführen geeignet ist, unter zehn Fällen neunmal nicht zum erwünschten Ziele führen — die Richtigkeit des Principes wird dadurch nicht berührt. Wie die Newton'schen Fallgesetze nicht deshalb hinweggeleugnet werden können, weil sie einen luftleeren Raum voraussetzen und darum durch die atmosphärische Luft Abänderungen erleiden, ganz ebenso wird der Grundsatz, welcher bei Rossi durchblickt, dadurch nicht alterirt, dass er, für die Abstraktion gegeben, den durch die conkreten Verhältnisse bedingten Abweichungen unterworfen ist.

Zachariae will auf dasselbe hinaus, wenn er zur Lösung der Controverse eine casuistische Methode einschlägt und demgemäss die Mittel in vier Klassen eintheilt und unter ihnen wieder die objektiv gefährlichen von den objektiv ungefährlichen scheidet.[80] Wer sich jener bediene, so deducirt er weiter, sehe sein Vorhaben durch einen Zufall vereitelt, wer sich dieser bediene, gleiche dem Krebs, der sich rückwärts bewege.[81] Beruht aber das Urtheil über die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit einer Situation auf der Abstraktion,[82] so finden wir auch hier die Gleichung, von der wir ausgehen, wenn auch nicht in der Form, so doch der Sache nach wieder.

Mittermaier hat daher meines Erachtens, um der Wahrheit die volle Ehre zu geben, die Sache eher verdunkelt

---

[80] a. a. O. Bd. I S. 234. 235 Nr. a—d.
[81] a. a. O. Bd. I S. 239 und S. 247.
[82] S. oben S. 264. 265.

als geklärt, wenn er. in der Kasuistik noch ein gutes Stück weiter gehend, folgende zwei Regeln aufstellt:[83]

I. „Ueberall, wo zum Wesen des beabsichtigten Verbrechens ein Gegenstand gehört, zu welchem eine gewisse Eigenschaft gesetzlich gefordert wird, ohne welche das Verbrechen nicht vorkommen kann, oder wo zu dem Wesen des Verbrechens eine gewisse Art der Mittel und eine gewisse Beschaffenheit des Gebrauches derselben nothwendig ist, so dass ohne sie die Vollbringung des Verbrechens unmöglich ist, ist die obgleich mit der Absicht, das Verbrechen zu verüben begangene Unternehmung straflos, wenn es an der gesetzlich geforderten Eigenschaft des Gegenstandes mangelt oder das angewandte Mittel oder die Art seines Gebrauches die Möglichkeit ausschliesst, das Verbrechen zu vollbringen.“

II. „Strafbarer Versuch ist dagegen überall vorhanden, wenn das Eintreten der Vollendung des Verbrechens an der Ungeschicklichkeit der Ausführung so scheitert, dass die Entdeckung und Abwendung der Vollendung des Verbrechens oder der Erreichung der Zwecke des Thäters leicht war, oder die Vollendung durch die Art der Ausführung des Thäters, durch die mangelhafte, ungeschickte, unvollständige oder in zu geringer Quantität geschehene Anwendung des an sich tauglichen Mittels oder durch gewisse vorhandene Eigenschaften und Zustände des zu Wollenden oder dadurch gehindert wurde, dass wegen eines nach der Thätigkeit des Uebertreters hinzukommenden Umstandes die Vollendung in dem eingetretenen Fall unmöglich wurde.“

Soweit dieselben auf den Versuch mit untauglichen Mitteln Bezug haben, ruhen sie auf dem Grundgedanken, von dem sich Zachariae hat leiten lassen, so dass sie nur in complicirterer Gestaltung den Unterschied zwischen objektiver Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit zum Ausdruck bringen.[84]

---

[83] a. a. O. S. 439.
[84] a. a. O. S. 441 fg.

Diejenigen endlich, welche zwischen Möglichkeit und Unmöglichkeit der Bildung des Causalnexus scheiden, verlegen den Schwerpunkt in die Erwägung, ob der beabsichtigte Erfolg zur Entstehung hätte gelangen können, wenn ein vom Willen des Thäters unabhängiges Ereigniss nicht dazwischen getreten wäre.[85] Denkt man sich aber das Hinderniss, auf dessen Rechnung die Vereitelung des Erfolges zu setzen ist, hinweg, so gewinnt man das Bild vom abstrakten Verhältniss von Grund und Folge. Die Richtigkeit der Ueberzeugung, von der wir ausgehen, ist damit anerkannt.

Nachdem wir damit die Punkte festgestellt haben, in denen wir mit der objektiven Theorie übereinstimmen, beziehungsweise von ihr abweichen, liegt uns nur noch die Abwehr der gegen sie erhobenen Angriffe ob. Unsere Aufgabe hat sich dabei nach zwei Seiten hin vereinfacht, einmal insofern, als wir uns mit den Anschauungen, welche der Ausfluss einer divergirenden Auffassung über das Wesen des Versuches sind, bereits an einer anderen Stelle auseinandergesetzt haben, und andererseits insofern, als wir uns mit der von uns zu vertheidigenden Lehre nur theilweise identificiren. Dadurch ist die Zahl der Einwendungen, mit denen wir noch zu rechnen haben, eine äusserst beschränkte geworden.

Unter ihnen ist die besonders von v. Buri geltend gemachte, wonach jede Handlung von potentieller Causalität sei, die weitaus gewichtigste. Freilich ist das von ihm dafür erbrachte Beispiel sicher verfehlt.[86] Mir wenigstens will es nicht gut denkbar erscheinen, dass ein erwachsener Mensch durch das Verschlucken eines Stückes Zucker sein Leben verliere. Die dem Speichel innewohnende Eigenschaft, lösliche Stoffe zu zersetzen, ist denn doch dabei zu wenig gewürdigt.[87] Nicht minder greift Hertz fehl, der

---

[85] Geyer im Gerichtssaal pro 1866 S. 79. 80. Rubo a. a. O. S. 30. 31.

[86] v. Buri: Abhandlungen S. 84 u. im Gerichtssaal pro 1867 S. 72.

[87] Das zweite Beispiel, das er entgegenführt, wonach ein injuriöser

das von v. Buri gewählte Beispiel dahin verbessert, dass wenigstens bei einem Patienten, der an der Zuckerkrankheit leidet, die fortgesetzte Zuführung der in Rede stehenden Substanz den Tod herbeizuführen geeignet sei.[88] Er übersieht dabei, dass der Grund der Erscheinung, die er erklären will, nicht sowohl im Genuss des Zuckers Seitens des Diabetikers als vielmehr in der Entziehung von anderen Nahrungsmitteln Seitens dessen Umgebung liegt. Der Thäter wäre nicht zur Verantwortung zu ziehen wegen seiner positiven Thätigkeit, sondern wegen seiner Unterlassung. Denn die Thatsache, dass der menschliche Körper zu Grunde geht, sofern gewisse Stoffe mit Ausschluss aller übrigen zu seiner Ernährung verwendet werden, wäre auch dann medicinisch unanfechtbar, wenn nicht ein junger Arzt in seinem Wissensdrange das Experiment mit seinem Leben bezahlt haben würde.[89] Wir wollen daher einen anderen Fall fingiren, der, so unwahrscheinlich er auch sein mag, uns mehr die in dem Einwand liegende Wahrheit und damit zugleich auch den in ihm enthaltenen Irrthum veranschaulicht. Knüpfen wir an das von Meyer uns vorgeführte Beispiel an, wonach das Einflössen einer grösseren Dosis starken Kaffees auf den Organismus eines Säuglings von tödtlichem Einfluss sein soll.[90] Es leuchtet ein, dass die gleiche Prozedur, an einer kräftigeren Constitution vorgenommen, sich seiner Natur nach unschädlich erweist. Käme es daher lediglich auf den potentiellen Causalzusammenhang, losgelöst von allen Einzelnheiten, den der conkrete Fall zur Erscheinung bringt, an, so würde die That, die dort als Mord zu qualificiren wäre, hier als Mordversuch aufzufassen

---

Brief trotz der Unrichtigkeit der Adresse Dank den vorzüglichen postalischen Einrichtungen, deren wir uns zu erfreuen haben, in die richtigen Hände befördert wird, gehört der Versuchslehre an, die ihm eigenthümlich ist.

[88] Hertz a. a. O. S. 24 cf. auch Krug a. a. O. S. 23.

[89] Ich erinnere mich wenigstens in einem medicinischen Colleg während meiner Studienzeit von diesem Fall gehört zu haben.

[90] S. oben S. 364. Note 43.

sein.*) Insoweit wäre v. Buri in seinem Recht. Insoweit er aber die objektive Theorie dahin versteht, dass sie sich lediglich in Abstraktionen bewege, ohne den individuellen Verhältnissen Rechnung zu tragen, ist er im Unrecht. Denn er ignorirt, dass man, wollte man die Verschiedenheit der Körperbeschaffenheit unerwogen lassen, die Sachlage nicht in ihrer Totalität zum Gegenstand der Untersuchung machen würde. Der Umstand, dass sich bei einem neugeborenen Kinde der Causalzusammenhang bilden kann, der bei einem erwachsenen Menschen ausgeschlossen erscheint, zwingt uns nicht, die That zu dem beabsichtigten Erfolge dort wie hier proportional dem abstrakten Verhältniss von Grund und Folge zu finden. In jenem Fall liegt es vor, in diesem wird man sich vergeblich nach der Gleichung umthun.

Die nämliche Combination von Irrthum und Wahrheit verräth sich auch darin, dass v. Buri darauf hinweist, dass eine Handlung, welche physisch eine Todesursache hervorzubringen nicht geeignet ist, in Folge psychischer Einwirkung den Erfolg ins Leben zu rufen vermag.[91] Auch hier ist das Beispiel, das er vorrückt, extravagant gewählt. Er stellt nämlich der objektiven Theorie den Todtbeter als Warnbild entgegen, indem er hervorhebt, dass das Gebet durch eine Nervenaffektation die Person, gegen welche die Gottheit angefleht wird, dermassen erschüttern kann, dass sie dadurch an den Rand des Grabes gebracht wird. Mit der mittelalterlichen Anschauung, welche das von Feuerbach aus guten Gründen wachgerufene Gespenst aus verfehlten Gründen noch immer nicht zur Ruhe kommen lässt, habe ich mich bereits anderweitig abgefunden. Ich will deshalb zu meiner eigenen Erschwerung einen Fall poniren, in welchem weder die Anwendung metaphysischer Kräfte noch der meines Wissens medicinisch nicht nachweisbare Causalnexus zwischen einer Gemüthserregung und dem eingetretenen Tode in Frage kommt. Nehmen wir an, es würde Jemand gegen einen einsamen Wanderer, der auf

[91] v. Buri: Abhandlungen S. 68 und 71.

*) Meist wird freilich von vornherein die Ernstlichkeit der Absicht in Frage stehen cf. S. 364.

schmalem Wege zwischen zwei Abgründen einherschreitet, seine Büchse, die er irrthümlich für geladen hält, abdrücken, dadurch dessen Aufmerksamkeit von der gefährlichen Passage einen Augenblick ablenken, und so dessen Sturz in die Tiefe veranlassen. Man könnte geneigt sein, darin einen Beweis zu finden, dass wir zu Unrecht auf die Beschaffenheit der Versuchsthätigkeit einen Werth legen, wenn danach jeder Handlung potentielle Causalität eigenthümlich sei. Allein nur anscheinend werden wir damit widerlegt. Die unzulässige Abstraktion liegt darin, dass dem Grunde, aus welchem nach der Absicht des Thäters der Erfolg entspringen soll, ein anderer substituirt wird, aus dem er entspringen kann. Nur mit jenem beschäftigt sich die objektive Theorie, wenn sie die Bildung des Causalzusammenhanges für unmöglich erklärt, während sie diesem, als vom verbrecherischen Willen nicht umfasst, ihrer Berücksichtigung nicht unterwirft.

Aber nunmehr haben wir uns vor einem neuen Angriff zu decken, zu dem der veränderte Gesichtspunkt nur allzuleicht verleiten könnte. Man könnte sich bewogen fühlen, uns entgegenzuhalten, dass wir danach das Versuchsgebiet noch nicht für betreten erachten, während wir den Thatbestand der Vollendung offenkundig vor unseren Augen sehen.[92] Erachten wir das Losdrücken des ungeladenen Gewehrs nicht für den dolos gelegten Grund des Todes, so können wir selbstredend auch nicht wegen Versuches strafen, wenn ein günstiger Zufall dem in den Abgrund Stürzenden einen Rettungsanker in der höchsten Noth an die Hand giebt. Indess auch dieser Einwand, so plausibel er auch auf den ersten Blick erscheinen mag, ist wegen der darin liegenden petitio principii hinfällig. Noch ist der Nachweis nicht geführt, dass eine That zum dolus zugerechnet werden darf, wenn der Grund, aus welchem der Erfolg entspringen sollte, sich nicht mit dem deckt, aus welchem er sich entwickelt hat. Bereits hat sich in der Lehre vom s. g. dolus gene-

---

[92] cf. v. Buri: Gerichtssaal pro 1867 S. 64.

ralis die gegentheilige Ueberzeugung Bahn gebrochen, mag auch immer die Motivirung mit unserer Anschauung nicht harmoniren.[93] Die Meinung der Rechtslehrer, welche ohne weitere Unterscheidung in der Bildung des Zusammenhanges zwischen einer aus verbrecherischem Vorsatz hervorgegangenen Handlung und der sich ihr anschliessenden Folge die Verwirklichung der Absicht erblicken, kann jedenfalls heut nicht mehr als die herrschende bezeichnet werden. Wir hoffen überdies in einem der folgenden Paragraphen den Nachweis zu führen, dass der dolus der Identität des Grundes nicht entbehren kann.[94] Hier wollen wir uns deshalb auf die Replik beschränken, dass die gegentheilige Ansicht[95] zu Consequenzen führt, welche die Unhaltbarkeit ihrer Basis aufdecken. Wir brauchen nur das gewählte Beispiel ein wenig zu modificiren, und der Standpunkt, der heut noch vereinzelt billigenswerth erscheint, dürfte seine Anziehungskraft von selbst verlieren. Nehmen wir an, dass der Bergsteiger nicht durch einen Schuss getroffen, sondern durch einen Wurf mit einem festen Körper zu Falle gebracht werden sollte. Wenn nun der Thäter, bevor er sich zu Boden bückt, um den verhängnissvollen Stein von der Erde aufzuheben, dem anderen Theile mahnend zuriefe, dass seine Todesstunde gekommen sei und durch den Schreck die Störung des Gleichgewichtes hervorrufen würde, die erst aus seiner Handlung resultiren sollte, so möchte man doch wohl Bedenken tragen, eine Anklage wegen Mordes zu vertheidigen. Wollte man dies aber auch thun, so müsste man, auch wenn weder der Wanderer strauchelt noch der Thäter zur Aktion übergeht, in dem Geschehenen den Thatbestand des Mordversuches erblicken. Man würde daher die Drohung,

---

[93] Schwarze a. a. O. S. 313—317. v. Bar: die Lehre vom Causalzusammenhang § 8 S. 65—70. Meyer: Lehrbuch S. 163. Schütze: Lehrbuch S. 126 Note 5.

[94] cf. § 17.

[95] v. Buri: Ueber Causalzusammenhang und dessen Zurechnung in Goltdammers Arch. pro 1866 S. 726. Häberlin: Ueber dolus generalis in Goltdammers Arch. pro 1863 S. 541 fg.

ein Verbrechen verüben zu wollen, zum Versuch eben dieses Verbrechens stempeln müssen — eine Annahme, die zu allen Zeiten und von allen Theorieen als unzulässig abgewehrt worden ist. So lange daher der Beweis noch aussteht, dass in dem gegebenen Beispiel bei eingetretenem Tode wegen Mordes, bei nicht eingetretenem Tode wegen Mordversuchs gestraft werden muss, haben wir den Vorwurf, den Versuch in ein zu spätes Stadium der verbrecherischen Thätigkeit verlegt zu haben, nicht sonderlich zu fürchten.

Auf einer Verwechslung der Begriffe Veranlassung und Grund beruht der von Köstlin erhobene Einwand, dass man das Gebiet des Rechts verlasse und das der Polizei betrete, wenn man die Strafbarkeit des Versuches mit der Gefährdung der Rechtsordnung in Zusammenhang bringe; denn Sache der Gerechtigkeit sei es, repressiv zu wirken, Sache der Polizei, präventiv einzuschreiten.[96] Wenn wir noch darüber hinausgehen und dem Begriff des Versuches die Charakteristik geben, von welcher die objektive Theorie dessen Strafbarkeit abhängig gemacht hat, so könnte es den Anschein gewinnen, als würden wir den Unterschied zwischen Verbrechen und Contraventionen vollends verwischen.[97] Bei genauerer Prüfung hat jedoch die Behauptung Köstlins nur den Schimmer der Wahrheit für sich. Sie verkennt die innere Verschiedenheit zwischen einer Handlung, welche die Existenz eines Rechtsgutes auf das Spiel setzt und einer solchen, welche nur die Gelegenheit darbietet, sich bis zu dessen Gefährdung zu entwickeln. Verlangen wir zum Begriff der versuchten Brandstiftung, dass sich das, was geschah, zu dem was geschehen sollte, wie der abstrakte Grund zur abstrakten Folge verhalte, so kann damit das Betreten eines Bodenraumes mit unverwahrtem Licht nicht in eine Linie gestellt werden. Dort ist, wenn sich nicht in concreto das abstrakte Verhältniss löst, das Gebäude dem Raub der Flammen ausgesetzt, hier muss umgekehrt noch ein Moment hinzukommen,

[96] Köstlin: Neue Revision S. 366. 367. Derselbe: System S. 226 Nr. 6.

[97] cf. hierüber Binding a. a. O. Bd. 1 § 30 S. 179 fg.

wenn die Gefahr entstehen soll, zu deren Vermeidung die Polizeivorschrift erlassen ist. Dort enthält die Handlung den Grund, welcher die Möglichkeit der Rechtsverletzung in sich schliesst, hier die Veranlassung, die erst zum Grunde werden kann. Wirft Jemand Zündstoff in eine mit Vorräthen gefüllte Scheune, so hat er damit den abstrakten Keim für eine Feuersbrunst gelegt, und es bedarf der Vernichtung der potentiell causalen Elemente, wenn der bestehende Zustand erhalten werden soll. Nähert er sich dagegen leicht entzündbaren Gegenständen mit Licht, so hat er damit die Grenze, wo die potentielle Causalität beginnt, noch nicht erreicht, und eben deshalb ist die Rechtswelt nicht gefährdet, so lange nur der Thatbestand der Uebertretung in Frage kommt. Der Unterschied zwischen den beiden Begriffen, die Köstlin nicht gehörig auseinanderhält, liegt somit darin, dass die Veranlassung den Umstand bezeichnet, welcher den Grund, der Grund wieder den bezeichnet, welcher die Folge ins Leben ruft. Wie jede Wirkung einer Ursache, nicht aber jede Ursache eines Grundes zu ihrer Existenz bedarf, so bedarf zwar jede Folge eines Grundes, nicht aber jeder Grund einer Veranlassung, um ins Leben zu treten. Die Veranlassung zu bestrafen, welche zum Grund zu werden vermag, ist Sache der Prävention, den Grund zu bestrafen, der zur Folge zu führen geeignet ist, Sache der Repression. Dort ist es die Sorge um die Zukunft, welche die Anordnung von Strafgeboten rathsam erscheinen lässt, hier ist es die Reaktion gegen die Vergangenheit, welche den verbrecherischen Willen zur Verantwortung zieht. Dort handelt es sich darum, einer möglichen Gefährdung zuvorzukommen, hier von einer bereits geschehenen Gefährdung Rechenschaft zu fordern. Dass aber der Begriff des Verbrechens im Gegensatz zur polizeilichen Contravention den Eintritt eines materiellen Schadens voraussetze, behauptet Köstlin selbst nicht, im Gegentheil perhorrescirt er eine solche Anschauungsweise als eine Rückkehr zu den rohesten Zeiten des germanischen Rechtes.[98]

---

[98] a. a. O. (Neue Revision) S. 365. 372. a. a. O. (System) S. 227.

Auf einer Verkennung der Begriffe Möglichkeit und Unmöglichkeit läuft der von Hälschner erhobene[99] und in der Litteratur häufig wiederkehrende Einwand[100] hinaus, dass der taugliche wie der untaugliche Versuch die Unmöglichkeit der Vollendung zu Tage bringe. Es wird damit dem Ausdruck „Unmöglichkeit“ bald eine abstrakte, bald eine concrete Bedeutung[101] gegeben und damit der Anschein erweckt, als wenn die Willkür auf der gegnerischen Seite liege. Wir können daher der objektiven Theorie nicht den Vorwurf „der leeren Spiegelfechterei“ machen, wenn sie bei Anwendung eines absolut untauglichen Mittels die Bildung des potentiellen Causalzusammenhanges für ausgeschlossen erklärte, während sie bei entgegengesetzter Voraussetzung das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge in concreto als gelöst bezeichnete. Umgekehrt hat vielmehr Hälschner die Charakterverschiedenheit der damit einander gegenüber gestellten beiden Kategorieen des Versuches verkannt, wenn er dort wie hier von einem die Unmöglichkeit bewirkenden Umstand spricht. In jenem Fall ist die That ihrer Natur nach causalitätslos, das Abdrücken eines ungeladenen Gewehres kann nimmer eine Verwundung nach sich ziehen, in diesem bietet sie in abstracto Aussicht auf den Eintritt der Folge, und es muss ein vom Willen des Thäters unabhängiger Umstand dazwischen treten, soll die Möglichkeit nicht in Wirklichkeit umschlagen. Hälschner begeht mithin den Fehler, dass er unter der Unmöglichkeit bald den Umstand, der das abstrakte Verhältniss nicht zur Entstehung kommen lässt, bald den, der das entstandene

---

[99] Hälschner: System Bd. I S. 188.

[100] Walther a. a. O. S. 35. 36. Schwarze a. a. O. S. 295. 297. von Bar: Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen S. 13. 14.

[101] Der Sprachgebrauch kennt auch eine „absolute Unmöglichkeit“, wo in Wahrheit nur eine relative vorliegt. Dies übersehen v. Buri Abh. S. 84, der „von einer absoluten Unmöglichkeit im conkreten Fall“ redet und Häberlin: Gerichtssaal pro 1864 S. 227, der von einem Werke spricht, das der junge Gelehrte „absolut“ nicht vollenden kann.

Verhältniss in concreto vernichtet, versteht. Wenn er daher in seiner Polemik fortfahrend erklärt:[102]

„*Deshalb lässt sich die ganze Unterscheidung lediglich umkehren, indem man sagt: einen ausserhalb der vom Schiessenden gewählten Schusslinie stehenden Menschen zu treffen und zu tödten ist absolut, in abstracto unmöglich, den in der Schusslinie Befindlichen zu tödten ist möglich, und nur relativ, in concreto unmöglich, wenn etwa der Schiessende die Kugel in das Gewehr zu thun vergessen hat; und ebenso in dem anderen Beispiele, wenn man sagt: mit einem hundertstel Gran Arsenik zu vergiften ist absolut, in abstracto, in allen Fällen unmöglich, mit einem Lothe Arsenik zu vergiften ist nur relativ, in concreto, in dem einen Falle unmöglich, wenn der Handelnde irrthümlich Zucker statt Arsenik ergriffen hat.*“

so vermögen wir darin keine Widerlegung der objektiven Theorie zu finden. Halten wir daran fest, dass die Begriffe der Möglichkeit und Unmöglichkeit der Abstraktion angehören, so tritt der Irrthum, der der Deduktion zu Grunde liegt, von selbst zu Tage. Die Unmöglichkeit der Bildung des Causalnexus ist in den Fällen vorhanden, in welchen Hälschner „von einer conkreten Unmöglichkeit“ redet, und die Möglichkeit seiner Bildung ist gegeben, wo er von „einer abstrakten Unmöglichkeit“ spricht. Nur dadurch, dass hier das Moment hineingezogen wird, auf welches das Scheitern des Erfolges zurückzuführen ist, während dort ein causales Element von vornherein nicht vorhanden ist, wird der Beweis geführt, dass die Beispiele ihrer Art nach einander gleichstehen, während sie bei genauerer Prüfung ihren objektiv verschiedenen Charakter dadurch verrathen, dass die Wiederholung der ganz gleichen That unter einer veränderten Constellation der äusseren Umstände das consummirte Verbrechen zur Erscheinung bringen oder in derselben Weise gefahrlos ablaufen wird, je nachdem das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge in der Wirklichkeit oder nur in der Vorstellung des Thäters existirt.

[102] Hälschner a. a. O. S. 188.

Eine Verwechslung von quaestio facti und quaestio juris tritt uns endlich entgegen, wenn Häberlin der objektiven Theorie vorhält, dass sie zu Consequenzen führe, gegen die sich das natürliche Rechtsgefühl sträube. Zu diesem Zweck rechnet er mit einem Fall, in welchem nicht ermittelt werden kann, ob die Büchse geladen war oder nicht, und er knüpft daran die Bemerkung, dass somit Jemand, über dessen Absicht, einen Mord zu begehen, kein Zweifel bestände, der es vielleicht obendrein nur einem ausserordentlichen Zufall zu danken habe, dass die im Gewehr wirklich vorhandene Kugel ihr Ziel verfehlte, dem Bereiche der Criminaljustiz entzogen sei.[103] Thatsachen aber, die nicht erwiesen sind, entbehren der juristischen Existenz, und es liegt mithin die Sache nicht anders, als wenn ein absolut untaugliches Mittel zur Anwendung gebracht sein würde. Ueberdies trifft der erhobene Einwand uns nur theilweise. Indem wir die Handlungen, die wir nicht unter den Begriff des Versuches subsumiren, darum noch nicht für rechtlich indifferent erklären, bleibt dem Gesetzgeber die Erwägung offen, in wie weit er die Lücken ausfüllen will, auf die wir bereits in einem früheren Paragraphen ausdrücklich hingewiesen haben.[104]

Täuschen wir uns nicht, so sind damit die Angriffe gegen die objektive Theorie, soweit wir auf ihrem Boden stehen, erschöpft. Soweit wir von ihr abweichen, haben wir aus freien Stücken das Feld freigegeben, das wir von ihr zu Unrecht occupirt sahen. Die Darstellung der Controverse innerhalb des Rahmens, den wir uns gezogen haben, ist damit erledigt.

---

[103] Häberlin a. a. O. S. 229. 230.
[104] cf. § 13 S. 384—388.

§ 15.

Der s. g. Versuch am untauglichen Objekt.

Als zweite Consequenz haben wir aus unserer Definition den Satz abzuleiten: Versuch und Mangel im Thatbestand sind complementaire Begriffe. Beruhen nämlich beide auf der Voraussetzung, dass ein Mangel im Thatbestand der Vollendung vorliegt, so kann die Vertheilung des ihnen gemeinschaftlich zustehenden Gebietes in keiner anderen Weise erfolgen, als dass das Terrain, das der eine frei lässt, dem anderen überwiesen wird. Da wir nun dasjenige, welches der Versuch einnimmt, kennen, so ist damit das, welches für den Mangel im Thatbestand übrig bleibt, von selbst gefunden. Daraus ergeben sich drei wichtige Folgerungen:

1. *Bei den Verbrechen, bei denen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt niemals wie Grund zu Folge verhalten kann, liegt Mangel im Thatbestand vor, wenn irgend eins der Merkmale fehlt, von deren Vorhandensein die Anwendung des Gesetzes abhängt.*
2. *Bei den Verbrechen, bei denen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt immer wie Grund zu Folge verhalten muss, haben wir es mit dem Begriff des Versuches zu thun, wenn das Merkmal fehlt, mit dessen Eintritt sich der potentielle Causalzusammenhang in einen aktuellen verwandelt und damit die Vollendung herbeigeführt haben würde, mit einem Mangel des Thatbestandes, wenn die Incongruenz zwischen der verbrecherischen That und dem consummirten Verbrechen auf einen anderen Umstand zurückzuführen ist.*
3. *Bei den Verbrechen, welche den Begriff des Versuchs nur zulassen, greift die zuerst gedachte Regel Platz, wenn die Begehungsweise des Thäters zum vollendeten Delikt nicht im Verhältniss von Grund zu Folge steht, die zuletzt gedachte Regel, wenn die entgegengesetzte Voraussetzung zutrifft.*

Wir haben somit dem Begriff des Mangels im Thatbe-

stand genau das Feld, welches der Versuchsbegriff nicht beherrscht, überwiesen. Demgemäss haben wir ihm die Verbrechen, welche die Möglichkeit eines Versuches ihrer Natur nach ausschliessen, ohne jede Bedingung, diejenigen, welche ihn zulassen, unter der Bedingung zuertheilt, dass die Begehungsweise des Thäters das Verhältniss von Grund und Folge nicht aufkommen lässt. In die Herrschaft des damit nicht erschöpften Gebietes haben sich beide Begriffe zu theilen. Der Versuch beansprucht für sich die potentielle Causalität, der Mangel im Thatbestand Alles, was diesseits oder jenseits dieser Grenze liegt, mithin sowohl die Fälle, in denen die Möglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges nicht vorhanden ist, als auch die, in welchen sich die Möglichkeit in Wirklichkeit umgesetzt hat, ohne die Merkmale des betreffenden Delikts vollständig zur Erscheinung zu bringen.

Prüfen wir unsere Behauptung an der Hand bestimmter Delikte, so überzeugen wir uns, dass wir sowohl die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen als auch die über den verbrecherischen Versuch in ihrer Reinheit aufrecht erhalten haben. Bei den Verbrechen, die ihrer Natur nach das Verhältniss von Grund und Folge zurückweisen, ist es wohl von selbst klar, dass wenn irgend ein Begriffsmerkmal fehlt, nicht der Versuch zur Entstehung, sondern die vom Gesetz gegebene Charakteristik in Wegfall kommt. Der vermeintliche Meineid[1], der Widerstand gegen einen vermeintlichen Beamten[2], die Unterschlagung einer vermeintlich fremden Sache[3] spielt, wie die Commentatoren unseres Gesetzbuches bezeugen, aller entgegengesetzter Anstrengungen der subjektiven Theorie ungeachtet, in der

[1] Oppenhoff: Commentar zu § 153 Note 1. 3. 16. 22. Schwarze: Commentar S. 418 fg. Rüdorff: Straf-G.-B. Note 4. 7. zu § 153.

[2] Oppenhoff a. a. O. zu § 113 Note 1—12. Schwarze a. a. O. S. 359. Rüdorff a. a. O. zu § 113 Note 4.

[3] Oppenhoff a. a. O. zu § 246 Note 7—12. Schwarze a. a. O. S. 620 und 587. Rüdorff a. a. O. zu § 246 Note 7.

Praxis der Gerichtshöfe keine Rolle. Bei den Verbrechen dagegen, welche den Versuchsbegriff bedingungslos zulassen, haben wir in dem Umstand, welcher der Möglichkeit der Bildung eines Causalzusammenhanges widersteht, ein fehlendes Merkmal zu erblicken. Der Schuss auf einen Leichnam mag als Beispiel dafür angeführt werden. Der aktuelle Causalzusammenhang entzieht sich hier unserer Berücksichtigung, weil damit der Thatbestand der Vollendung gegeben wäre. Für den Versuch bleibt somit nur die potentielle Causalität als Spielraum übrig. Bei den Verbrechen endlich, welche bald durch das Verhältniss von Ursache und Wirkung, bald durch das von Grund und Folge begangen werden können, bietet jenes nur für die Annahme eines Mangels im Thatbestand, dieses für die eines Mangels im Thatbestand oder eines Versuches Gelegenheit. Handelte es sich um eine beabsichtigte Urkundenfälschung, so würde, wenn in der Handlung die Ursache zur Wirkung liegt, der Versuchsbegriff cessiren. Fällt die That nicht unter den Verbrechensbegriff, so kann dies nur darauf zurückzuführen sein, dass dem Schriftstück die Eigenschaft einer Urkunde abgeht. Käme endlich eine durch das Verhältniss von Grund und Folge zu begehende Sachbeschädigung in Frage, so könnten wir von einem Versuch sprechen, wenn die Handlung von potentieller Causalität war, während wir von einem Mangel im Thatbestand reden müssten, wenn entweder die Möglichkeit der Wirkung ausgeschlossen war oder der concrete Erfolg zur Entstehung gelangt. Jenes wäre der Fall, wenn etwa Jemand einen Stein nach einer Scheibe wirft, die er nicht trifft, dieses, wenn er etwa in die Krippe eines Pferdes, das bereits verschieden ist, Gift streut oder wenn er ein Tuch durch Vitriolöl beschädigt, das er irrthümlich für einem Anderen gehörig gehalten hatte.

Die objektive Theorie hat daher, als sie die Lehre in die Rechtswissenschaft einführte, dass ein Mangel im Thatbestand zwar Versuch, nicht aber strafbarer Versuch sei[4], drei Fehler begangen.

---

[4] Zachariae a. a. O. Bd. I § 123 S. 233. 234 u. § 132 S. 250—252 Mittermaier a. a. O. (Gerichtssaal pro 1859) S. 403 fg.

Zunächst hat sie auch hier wieder einen tauglichen und einen untauglichen Versuch etablirt, und der einen Kategorie ein Merkmal gegeben, das der anderen abgeht. Lag Mangel im Thatbestand vor, so sprach sie von der einen, entgegengesetzten Falles von der anderen species, ohne zu bedenken, dass sie damit von Neuem einen doppelten Begriff aufstellte. Damit war sie aber der Consequenz verfallen, die sie perhorrescirte; die Annahme eines Versuches vom Versuche war nicht mehr zu umgehen. Die Combination des untauglichen Versuches, dessen sie bei der Verschiedenheit der Mittel erwähnte, mit dem, dessen sie bei der Untauglichkeit des Objektes gedachte, trieb dazu hin. Dass sie den einen wie anderen für straflos erklärte, hat sie zwar zeither vor Angriffen nach dieser Richtung hin geschützt, sie können ihr aber nicht erspart bleiben, wenn es sich darum handelt, Klarheit über ihren Standpunkt zu gewinnen.

Sodann hat sie damit die Identität von Mangel im Thatbestand und Versuch gelehrt, während sie der Verwechslung beider Begriffe entgegentreten wollte.[5] War der Diebstahl der eigenen Sache Versuch, wenn auch nicht strafbarer Versuch, so waren damit die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen verletzt, zu deren Schutze man das Wort erhoben hatte. Hieraus sind die Widersprüche entstanden, deren wir früher Erwähnung gethan haben[6]: bald wurde Mangel im Thatbestand als strafloser Versuch behandelt, bald wurden wieder beide Begriffe gegenüber gestellt.[7] Näherte man sich der Wahrheit, so entfernte

---

[5] Mittermaier: Im Neuen Arch. des Crim.-R. Bd. I § 5 S. 172—177. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 21—27.

[6] S. oben S. 233 fg.

[7] Carrara a. a. O. § 77. 78 S. 56—59 unterscheidet zwischen einem rechtlichen und faktischen Hinderniss; in der Sache selbst aber substituirt er damit dem Mangel im Thatbestand und Versuch nur andere Ausdrücke. Ueberdies kann man wohl doch nur sehr gezwungen den Diebstahl an der eigenen Sache, den vermeintlichen Ehebruch etc. als „ostocolo giuridico“ auffassen.

man sich von dem, was die Consequenz erfordert hätte, blieb man sich treu, so wurde der Irrthum: Mangel im Thatbestand ist Versuch von Neuem besiegelt. Bald drehte sich der Streit um die Abgrenzung beider Begriffe, bald wieder nur darum, dass die eine Partei den Mangel im Thatbestand für strafbaren, die andere für straflosen Versuch erklärte. Noch ist er nicht beendigt, nur die gegenseitigen Kräfte sind momentan erschöpft. Auf die geringste Anregung hin wird er sich von Neuem erheben und von Neuem eingestellt werden, ohne zu einem definitiven Frieden zu führen. Wollen wir die Controverse zur endgiltigen Lösung bringen, so muss zunächst der Satz: „Mangel im Thatbestand und Versuch sind verschiedene Begriffe“ zur vollen Wahrheit werden; der todte Buchstabe darf nicht länger des lebendigen Odems entbehren. Dies kann nur dadurch geschehen, wenn weiter anerkannt wird, dass dem Versuch kein anderes Gebiet als das des abstrakten Verhältnisses von Grund und Folge zukommt. Sein objektiver Thatbestand ist damit ebenso genau umgrenzt wie der des entsprechenden vollendeten Deliktes: beide haben die gleichen Merkmale, und nur darin unterscheiden sie sich von einander, dass die Möglichkeit der Folge jenem, die Wirklichkeit des Erfolges diesem eigenthümlich ist. Dehnen wir seinen Umfang darüber hinaus aus, so ist die Identificirung von Mangel im Thatbestand und Versuch gar nicht zu umgehen. Worin sollte sich ihre Differenz zeigen, wenn es uns an der Möglichkeit gebricht, dem einen Begriff ein anderes Merkmal als dem anderen zu geben? Wollen wir von einem Versuch sprechen, wenn Jemand mit einem Mädchen unzüchtige Handlungen vornimmt, von dem er irrthümlich glaubt, dass es das kritische Lebensalter noch nicht erreicht hat, so wäre es unerfindlich, inwiefern damit Mangel im Thatbestand nicht zusammenfallen sollte. Die subjektive Theorie wendet zwar hiergegen ein, dass der Unterschied in der subjektiven Sphäre liege. Abgesehen davon, dass wir ihr, soweit sie sich damit über die fundamentalsten Principien über den Thatbestand der Verbrechen hin-

wegsetzt, bereits entgegengetreten sind, haben wir ihr hier noch entgegenzuhalten, dass sie mit doppeltem Maasse misst. An dem objektiven Unterschied hält sie da fest, wo wir Versuch annehmen, und den subjektiven stellt sie da auf, wo wir vom Mangel im Thatbestand sprechen. Eine Lehre aber, die sich nur durch die Duplicität der Begriffe, die sich in ihr bergen, aufrecht zu erhalten vermag, haben wir als ein gefährliches Irrlicht zu bezeichnen: sie verhindert die Erkenntniss der Wahrheit durch den Schein, den sie an deren Stelle setzt.

Der dritte Fehler, den die objektive Theorie begangen hat, liegt in dem Trugschluss, der dem von ihr aufgestellten Satz zu Grunde liegt: eine That, welche der Merkmale des Versuches entbehrt, ist damit eo ipso criminalrechtlich bedeutungslos. Anstatt zu erklären: Nach positivem Recht schliesst ein Mangel im Thatbestand die Anwendung der entsprechenden Strafvorschrift aus, sprach sie dem Gesetzgeber die Berechtigung ab, eine That, welche nicht als Versuch qualificirbar wäre, von einem anderen Gesichtspunkt aus zu bestrafen. Daraus ist der bedeutungsvolle Irrthum entstanden, als ob der Wissenschaft nur die Alternative offen stände: entweder für einen energischeren Schutz der Rechtsordnung einzutreten und damit gegen die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen zu verstossen oder diese zu wahren und damit die Rechtssicherheit preiszugeben. Darin findet zugleich die Unlösbarkeit der Controverse über den Versuch am untauglichen Objekt ihre Erklärung. Die objektive Theorie wich dabei vom richtigen Wege insofern ab, als sie in der That ein unsträfliches Unternehmen, die subjektive insofern, als sie darin einen Versuch erblickte. Nach meiner Ansicht liegt auf beiden Seiten nur die halbe Wahrheit. Die objektive Theorie war in ihrem Recht, wenn sie ihr die Merkmale des Versuches, die subjektive, wenn sie ihr die rechtliche Bedeutungslosigkeit absprach. Die Folge davon war, dass man sich gegenseitig befehdete, ohne sich recht zu verstehen. Jene warf dieser vor, dass sie den Versuch des objektiven Thatbe-

standes entkleide' und der richterlichen Willkür Thür und Thor öffne;[9] diese jener, dass sie das Wesen des Verbrechens verkenne und der gesetzgeberischen Befugniss zu enge Schranken setze.[10] Mit einer That, welche weder die Eigenschaft des Versuches an sich trägt noch des verbrecherischen Charakters ermangelt, hatte weder die eine noch die andere Partei gerechnet. Folgte man der Praxis der Gerichtshöfe, welche den Schuss in einen Raum, in welchem der Thäter zu Unrecht eine Person vermuthet hatte, bestrafte,[11] so waren damit die Grundsätze über das Wesen des Versuches, folgte man der, welche bei gleicher Sachlage freisprach,[12] so waren damit die Fundamente eines geordneten Staatslebens preisgegeben. Die Lücke, die sich somit in unseren Codifikationen zeigt, bezeichnet genau das Gebiet, das die eine wie die andere Theorie ausserhalb des Kreises ihrer Erwägung gelassen hatte.

Weiter glauben wir in der Verbindung der verschiedenen Begriffe den Grund für die Erscheinung sehen zu müssen, weshalb wir einzelne Rechtslehrer in der Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln auf einem anderen Standpunkt finden, als in der über den Versuch am untauglichen Objekt.[13] Wenn v. Bar[14] und Leonhardt[15] dort die subjektive, hier die objektive Theorie vertheidigen, so hängt dies meiner An-

[8] Mittermaier a. a. O. Neues Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 170—176. Heffter a. a. O. § 36 S. 37. Zachariae a. a. O. 249.

[9] Mittermaier: a. a. O. Gerichtssaal pro 1859 S. 423.

[10] Pfotenhauer a. a. O. S. 56 fg. Köstlin: System S. 226. 227. Hälschner: System S. 208 Anmerk. 1.

[11] Erk. des baier. Kassationshofes vom 15. November 1872 in Stengleins Zeitschr. f. Gerichtspraxis pp. Bd. II (1873) S. 140.

[12] Erk. des Gerichtshofes von Montpellier vom 16. Februar 1852 in Dalloz: Recueil périodique 1852 2. 531.

[13] Ich spreche hier nicht von den juristischen Schriftstellern, welche den Versuch mit untauglichen Mitteln für straflos, am untauglichen Objekt für strafbar erklärten — cf. Geib a. a. O. S. 307 sub „vierte Ansicht" — deren Standpunkt mir allerdings minder erklärlich ist.

[14] v. Bar a. a. O. S. 8—27.

[15] Leonhardt: Commentar Bd. 1 S. 195—200.

sicht nach damit zusammen, dass sie in dem einen Fall die Gefahr erkannten, welche der Rechtssicherheit erwächst, wenn man die Strafbarkeit nur so weit reichen lässt, als der Versuchsbegriff Schutz gewährt, während sie wieder in dem anderen die Gefahr erwogen, welche für die Rechtsprechung entspringt, wenn man Mangel im Thatbestand und Versuch identificirt. Mit Recht wendet zwar Schwarze hiergegen ein, dass die staatliche Ordnung eine Störung erleide, gleichviel, ob das Objekt, gegen das der Thäter seinen Angriff richtet, in der Wirklichkeit oder nur seiner Vorstellung nach vorhanden ist;[16] allein damit ist nur der eine Theil des Irrthums bekämpft. Daraus, dass die Gerechtigkeit uns nicht im Wege steht, den Strafrahmen über den Umfang des Versuchsbegriffes hinaus auszudehnen, folgt noch nicht, dass eine That, welcher der Charakter eines Verbrechens innewohnt, damit zugleich den des Versuches annehme. Wir müssen daher unseren Widerspruch gegen v. Bar und Leonhardt auch auf die Seite erstrecken, die Schwarze unberührt gelassen hat und demgemäss erklären: Da, wo wir nach ihnen Versuch anzunehmen haben, liegt nach unserer Ueberzeugung kein Versuch vor und da, wo wir nach ihnen von einer straflosen That zu sprechen hätten, ist unseres Erachtens eine strafbare That vorhanden.

Derselbe Conflikt zwischen dem, was der Begriff des Versuches und dem, was das Bedürfniss der menschlichen Gesellschaft verlangt, tritt auch bei Meyer zu Tage, wenn er zwischen den Fällen, in welchen das Objekt nicht existirt und denen, in welchen es sich zur Zeit der Ausführung nicht am Ort der That befindet, unterscheidet.[17] Dort hält er den objektiven, hier den subjektiven Standpunkt für gerechtfertigt. Juristisch scheint es mir indess auf dasselbe hinauszukommen, ob ein Attentat gegen einen Leichnam, in dem man noch Leben vermuthet, oder gegen eine Person, die in einem anderen Welttheil weilt, verübt

[16] Schwarze a. a. O. S. 301.
[17] Meyer a. a. O. S. 200.

wird. Subjektiv und objektiv stehen sich wohl beide Fälle gleich. Die Kriterien des Versuches fehlen dort wie hier, die der Rechtswidrigkeit sind dort wie hier im vollen Maasse gegeben. Augenscheinlich hat Meyer die Unzuträglichkeit der objektiven Lehre empfunden, wenn sie eine die tiefste sittliche Verschuldung involvirende That mit einem fröhlichen Scheibenschiessen auf gleiche Linie stellt.

Bei keinem Schriftsteller blickt aber der Gedanke, dass die Principien der Gerechtigkeit sich mit den Grundsätzen über den Thatbestand der Verbrechen nicht decken, mehr hervor, als bei Mittermaier. Während er nämlich in der Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln eine Zeitlang den objektiven Standpunkt verlassen hat,[18] hat er in der über den Versuch am untauglichen Objekt seine Ansicht niemals gewechselt. Wenn auch Pfotenhauer ganz zutreffend bemerkt, dass die abweichende Behandlung beider Kategorieen der inneren Berechtigung entbehre,[19] so ist damit noch nicht eine Erklärung gewonnen, weshalb Mittermaier den Widerspruch, dem er verfallen war und der einem Schriftsteller von seiner Bedeutung füglich nicht entgehen konnte, der Consequenz vorzog. Meines Erachtens liegt sie darin: In der Controverse über den untauglichen Versuch tritt bei ihm der Zwiespalt zwischen dem, was das Bedürfniss der Rechtsordnung erfordert, und dem, was der Begriff, der ihm vorschwebte, nicht zu gewähren vermag, zu Tage; in der über den Versuch am untauglichen Objekt blieb er ihm aus dem Grunde erspart, weil er sich in folgendem Ideenkreise bewegte: Eine That, welche weder eine Rechtsverletzung noch eine Rechtsgefährdung enthält ist straflos, während er hätte schliessen müssen: Eine That, die weder in der einen noch in der anderen Eigenschaft in Betracht kommen kann, hat damit noch nicht die rechtliche Relevanz verloren, die ihr von einem dritten Gesichtspunkt aus zukommt. So richtig es auch ist, dass

---

[18] cf. insbes. Neues Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 104 fg.

[19] Pfotenhauer a. a. O. S. 24.

ein Mangel im Thatbestand der Tödtung weder unter den Begriff des Mordes noch unter den des Mordversuches fällt, der Beweis, dass sie eben deshalb des Grades der sittlichen Verschuldung ermangelt, welcher eine Reaktion gegen die damit bekundete Auflehnung des Individualwillens gegen den allgemeinen Willen erheischt, ist damit selbstredend noch lange nicht geführt.

Nur dadurch, dass man in den Fehler des Generalisirens verfiel, vor dem Mittermaier gewarnt hatte,[20] und deshalb Beispiele hineinzog, in denen das Rechtsgefühl auf die Unzulässigkeit der Bestrafung einer Handlung hinweist, die weder den Thatbestand der Vollendung noch den des Versuches erfüllt, war es meiner Ansicht nach möglich, dass der Trugschluss sich als Wahrheit zu behaupten vermochte.[21]

Damit wären die Irrthümer der objektiven Theorie in der Controverse über den untauglichen Versuch berichtigt; ihre Lehre bedarf ausserdem noch einer Ergänzung. Sie giebt uns nämlich über den Complex von Fällen keinen Aufschluss, in denen zur Zeit der That das Objekt der Gefährdung ausgesetzt war, hinterdrein jedoch deren Wirkungskreise entrückt ist.

Nehmen wir des Beispiels wegen an, dass ein Restaurateur in die Speisen, welche der Bursche eines Offiziers täglich in der Menage abholt, Gift gemischt hätte, und dass, nachdem dies geschehen, eine Veränderung eintritt, welche die

[20] Mittermaier: Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts. 1819 S. 11 fg.

[21] So wurde z. B. mit dem Diebstahl an der eigenen Sache exemplificirt. Da man überdies den Versuch principiell bei allen dolosen Delikten annahm, so wurde ebenso auf den vermeintlichen Ehebruch hingewiesen. cf. Mittermaier: Neues Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 173 Nr. 5. Zachariae: Bd. I S. 249. Geyer: Erörterungen S. 69. Dabei ging man auch wohl zum Theil zu weit. Wenn Mittermaier es für absonderlich findet, eine Schwangere zu bestrafen, die zu schwere Lasten hebt, um einen Abortus zu bewirken — Gerichtssaal pro 1859 S. 427 — so will es mir scheinen, dass diese Handlungsweise weit geeigneter ist, den Erfolg herbeizuführen, als wenn zu den üblichen Abtreibungs-Tränken gegriffen wird. Ob man dabei zu einem qualificirten Geständniss kommen wird, ist freilich eine andere Frage, die mit dem materiellen Recht nichts zu schaffen hat.

Möglichkeit des Erfolges ausschliesst. Alsdann erhebt sich der Zweifel, ob wir es hier mit einem Versuch oder einem Mangel im Thatbestand zu thun haben. Erwägen wir, dass wir dem Versuch den Charakter der potentiellen Causalität gegeben haben, so werden wir die Frage dahin zu beantworten haben: Ist zur Zeit der Vornahme der Handlung der Eintritt des beabsichtigten Erfolges möglich, so liegt jener, andernfalls dieser Begriff vor. Wir würden daher einen Mangel im Thatbestand annehmen, wenn der Offizier, bevor die Menage seinem Burschen ausgehändigt wird, in Folge einer plötzlichen Ordre sein Domicil gewechselt oder vielleicht gar durch einen Sturz vom Pferde sein Leben eingebüsst hätte, Versuch hingegen, wenn diese Ereignisse erst in einem späteren Zeitpunkt eingetreten sein sollten. Man möchte geneigt sein, hiergegen zu erinnern, dass wir damit den Charakter der That nach einem ausserhalb derselben liegenden Umstand beurtheilen und darum willkürlich handeln, wenn wir, gewissermaassen je nachdem der Stundenzeiger mehr oder weniger vorgerückt ist, bald von einem Mangel im Thatbestand, bald von einem Versuche reden. Allein nur scheinbar trifft der Einwand zu: in Wahrheit tragen wir der materiellen Verschiedenheit der Fälle Rechnung. Zur Zeit der Verübung der Handlung ist dort die Möglichkeit der Bildung des Causalzusammenhanges ausgeschlossen, hier vorhanden. Wer zugesteht, dass es rechtlich bedeutsam ist, ob in dem Moment, in welchem ein Schlag gegen den menschlichen Körper geführt wird, das Leben aus ihm entwichen ist oder nicht, steht genau auf dem Standpunkt, den wir vertreten. Ist unsere Ansicht richtig, dass es juristisch bei dem Verbrechen der Tödtung auf das Verhältniss von Grund und Folge, nicht auf das von Ursache und Wirkung ankommt, so ist damit anerkannt, dass die Fähigkeit einer That, die Absicht zu realisiren, nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme bemessen werden muss. Dieses Princip haben wir angewendet, wenn wir eine Verschiedenheit der Fälle da sehen, wo man sie auf den ersten Blick zu leugnen versucht sein möchte; dass in den einen

zwischen Grund und Folge ein längerer Zeitraum liegt als in den anderen mag faktisch bedeutsam sein, einen rechtlichen Unterschied vermögen wir darin nicht zu erblicken. Freilich entscheidet danach in letzter Linie der Zufall. Wir mögen dies beklagen, es zu ändern steht nicht in unserer Macht. Wir würden die menschliche Schwäche verkennen, wollten wir da gebieten, wo wir uns zu fügen haben.

Täuschen wir uns nicht, so will auch Carrara, wenn er zwischen tauglichen und untauglichen Versuchsakten unterscheidet und dabei den Satz aufstellt, dass, wenn jene diesen voraufgehen, die einmal begründete Strafbarkeit nicht in Wegfall komme,[22] dem Kern der Sache nach auf das Princip hinaus, das wir soeben vertheidigt haben. Vielleicht hätten wir in ihm einen Gewährsmann gefunden, wenn er nicht ebenfalls im Wesentlichen auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre stände[23] und deshalb principiell das Gebiet des Versuches auf alle dolosen Delikte erstreckt.[24] Deshalb gelangt er erst auf einem Umweg zu demselben Ziel, dem wir direkt zugesteuert sind. Während wir den Moment, in welchem die potentielle Causalität beginnt, für entscheidend erklären, und daraus unsere Folgerungen ableiten, sieht er den Zeitpunkt der Ausführung als den principiell relevanten an,[25] und er muss demgemäss hinterdrein die Consequenz beseitigen, die er als unzuträglich empfindet.[26]

---

[22] Carrara a. a. O. § 75. 76. 81. 83 S. 54. 55. 56. 60. 62. 63.

[23] Auch er kennt den Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, zwischen facta interna und externa cf. § 65 bis 69 S. 47—50.

[24] cf. § 88 S. 65. 66.

[25] § 64 S. 46. 47.

[26] So weist er bei der Controverse über den Versuch am untauglichen Objekt darauf hin, dass es absurd wäre, denjenigen, welcher eine Mine legt, um seinen Feind in die Luft zu sprengen, straflos zu lassen, wenn der letztere z. Z. der Explosion deren Wirksamkeit entrückt ist, indem man sonst zu der Consequenz käme, den Fortschritt der verbrecherischen Thätigkeit als einen Grund anzusehen, welcher die Strafbarkeit der voraufgegangenen tauglichen Akte beseitigen würde § 83 S. 62. 63.

§ 16.

Das Objekt beim Diebstahl.

Halten wir somit mit aller Strenge an dem gesetzlichen Thatbestand der Verbrechen fest, indem wir keinen anderen Unterschied zwischen Versuch und Vollendung als den zwischen der Möglichkeit und Wirklichkeit einer Folge anerkennen, so könnte man geneigt sein, uns den Diebstahl entgegenzuhalten, um uns dadurch zu dem Bekenntniss eines Irrthums oder zur Statuirung einer Inconsequenz zu bewegen. Denn deutlich genug haben wir durchblicken lassen, dass wir nicht gewillt sind, auf die Bestrafung desjenigen, der das von ihm gesuchte Objekt der Entwendung nicht vorfindet, zu verzichten.[1] Das Schicksal der objektiven Theorie würde daher auch uns nicht erspart bleiben, würden wir nicht ihren Gegnern die Angriffswaffe, deren sie sich zeither bedient haben, entwinden. Regelmässig ist nämlich der Lehre, welche die Grundsätze über den objektiven Thatbestand beim Versuch zur Wahrheit machen wollte, entgegengehalten worden, dass sie beim Diebstahl zu Folgerungen führe, welche mit den Postulaten einer geordneten Rechtspflege im flagranten Widerspruch ständen. Bereits die Motive des Würtembergischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1835 haben hierauf hingewiesen und die Gefahr betont, welche der öffentlichen Sicherheit erwachsen würde, wollte man die Straflosigkeit des Versuches am untauglichen Gegenstand auf den Diebstahl ausdehnen.[2] Seitdem bildete das in Rede stehende Delikt die Achillesverse der objektiven Theorie; wohl jeder Schriftsteller, der sich gegen sie gewendet hat, hat auf dasselbe Bezug genommen, um ihr das „vestigia terrent“ entgegenzuhalten.[3] Dadurch gerieth sie

---

[1] S. oben S. 8.

[2] Zachariae: Die Lehre des Versuches Bd. I S. 251 Note 2. Seeger in Goltdammers Arch. Bd. XVIII S. 240. 241.

[3] Pfotenhauer a. a. O. S. 102. v. Buri: im Gerichtssaal Bd. XX S. 331. Häberlin: im Gerichtssaal pro 1864 S. 244. 245. Schwarze

in arge Verlegenheit: übertrug sie die von ihr für die übrigen Verbrechen aufgestellten Grundsätze auf den Diebstahl, so musste sie die Praxis von sich abstossen, nahm sie zu einer Ausnahme ihre Zuflucht, so musste sie die Wissenschaft gegen sich einnehmen. Dort war der Einwand unumgänglich, dass sich ihre Lehre nicht mit dem Bedürfniss des Lebens, hier der, dass sie sich nicht mit den Anforderungen der Consequenz vertrage. Ihre Bemühungen den Conflikt zu lösen, haben wir als misslungen bezeichnen müssen. Der Beweis, dass das Objekt beim Diebstahl eine andere Rolle spiele wie bei allen übrigen Verbrechen ist von ihr, wie wir bereits an einer früheren Stelle gezeigt haben, nicht geführt worden.[4]

Er wäre auch nicht zu erbringen, wenn die Ansicht derer, welche lehren, dass das Delikt durch eine einfache Handlung consummirt werde,[5] Anspruch auf unumstössliche Wahrheit erheben könnte. Die Möglichkeit eines Versuches würde damit entfallen, und wir wären daher genöthigt, von einem Mangel im Thatbestand zu sprechen, wenn der Gegenstand der Entwendung am Orte der That nicht angetroffen wird. Freilich findet diese Auffassung des Verbrechensbegriffes in der Gesetzgebung ihre kräftigste Stütze. Häufig genug wird in den Codifikationen der Diebstahl als „die Wegnahme“ einer fremden beweglichen Sache definirt.[6] Dadurch gewinnt es allerdings den Anschein, als ob bei ihm nur zwischen einer begonnenen und beendeten Wegnahme unterschieden werden könnte. Allein in der Wissenschaft ist bereits diese Auffassung nicht unangefochten.

Commentar S. 128. Derselbe in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 302. cf. auch Goltdammers Arch. Bd. XVI S. 553 fg.

[4] S. oben S. 233. 239. 253.

[5] Mittermaier: Neues Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 2. Lamm a. a. O. S. 147. cf. auch Leuthold a. a. O. S. 184.

[6] Reichs-Straf-G.-B. § 242. — Preussen § 251. — Baiern Art. 271. Art. 379 Code pénal. Art. 461 des Belgischen Code pénal. § 370 des Bremenser Entwurfs von 1868. § 265 des Oesterreichischen Entwurfs von 1867 u. a. m.

Merkel scheidet scharf zwischen zwei Akten, aus denen sich der Diebstahl zusammensetze, zwischen dem Akt der Wegnahme und dem der Zueignung.[7] Binding nimmt einen Doppelvorsatz an, indem er den dolus des Thäters auf die Aneignung einer ihm fremden Sache und auf die Besitzentwendung sich richten lässt.[8] Andere substituiren dem Ausdruck „Wegnahme“ den „der Entziehung der Gewahrsam.“[9] Darin scheint mir das Zugeständniss zu liegen, dass die übliche Legaldefinition zu eng gefasst ist. Weder die Entziehung der Gewahrsam, noch die Aufhebung des bestehenden Besitzverhältnisses noch die Zueignung bedürfen zu ihrer Existenz der Wegnahme. Uebergiebt Jemand einem Dienstmann sein Gepäck, damit er es, an seiner Seite einhergehend auf den Bahnhof trage, so wird ziemlich allgemein der Thatbestand des Diebstahls angenommen, wenn der Träger unterwegs mit seiner Bürde durchgeht.[10] Dennoch hätte eine Wegnahme der Sache nicht stattgefunden; eine Sache, die sich bereits in meinen Händen befindet, kann ich einem Anderen nicht mehr wegnehmen. Umgekehrt kann die Wegnahme sich vollzogen haben, ohne dass damit der Thatbestand des Diebstahls sich erfüllt hätte. Würde Jemand aus der Wasserleitung eines Hausbewohners Wasser dadurch entziehen wollen, dass er eine Verbindung zwischen ihr und einem in seiner Räumlichkeit angebrachten Rohre bewerkstelligt, so brauchen wir nur den Fall unterzustellen, dass die Flüssigkeit durch eine Oeffnung an einer Stelle entweicht, welche zwischen den beiden in Betracht kommenden Lokalitäten sich befindet, und wir überzeugen uns, dass mit dem Verlust der Gewahrsam auf der einen Seite der Besitzerwerb auf der anderen nicht nothwendig zusammen-

[7] Merkel: Diebstahl und Unterschlagung in v. Holtzendorffs Handbuch Theil III § 12—18 S. 642—655.

[8] Binding a. a. O. § 69 S. 539—558.

[9] Hälschner: System Bd. II S. 427. Meyer a. a. O. S. 452. cf. auch Berner Lehrbuch S. 500.

[10] Merkel a. a. O. S. 639. Meyer a. a. O. S. 453 Note 19. Oppenhoff: Commentar zu § 242 Note 29. Schwarze: Commentar S. 589.

fällt. Ist somit die Consummation einerseits nicht von der Wegnahme einer Sache bedingt, andererseits nicht mit ihrer Wegnahme erfüllt, so kann ihr charakteristisches Merkmal nicht hierin liegen. Vielmehr bin ich der Ansicht, dass wir es auch bei dem Diebstahl mit dem Verhältniss von Grund und Folge zu thun haben. Der Gesetzgeber will die eigenmächtige Veränderung der Gewahrsam, den erforderlichen dolus vorausgesetzt, verhüten und er bestraft demgemäss nicht sowohl den Akt der Wegnahme, als vielmehr jede Thätigkeit, in welcher der Grund zu der von ihm gemissbilligten Folge zu finden ist. Mag auch immer die Wegnahme am häufigsten den Grund zu der Veränderung des bestehenden Besitzstandes enthalten, auf Exclusivität hat sie darum noch keinen Anspruch.

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht zunächst der Umstand, dass Theorie und Praxis Diebstahl auch da annehmen, wo die Alteration der Gewahrsam auf eine dem aufgestellten Begriff entsprechende Weise unausführbar erscheint.

Wenn allgemein anerkannt wird, dass auch luftförmige Körper der Entwendung fähige Objekte sind,[11] so wird das entscheidende Kriterium nicht mehr in der Möglichkeit der Wegnahme gefunden. Gase lassen sich zwar entwenden, nicht aber wegnehmen; sie lassen sich entwenden, weil sie den Uebergang aus der Detention des einen in die des anderen nicht ausschliessen, sie lassen sich nicht wegnehmen, weil sie sich der Bemächtigung durch Manipulationen entziehen.

Nicht minder herrscht darüber Uebereinstimmung, dass es auf die Mittel, durch welche der bestehende Besitzstand alterirt wird, nicht weiter ankommt.[12] Mag der Diebstahl dadurch ausgeführt werden, dass man durch einen wohl ab-

[11] Merkel a. a. O. S. 633. Oppenhoff a. a. O. Note 3. Schwarze a. a. O. S. 588. Meyer a. a. O. S. 448 Nr. 3. Rüdorff a. a. O. Note 3 zu § 242.

[12] Meyer: a. a. O. § 114 S. 457. Oppenhoff a. a. O. Note 39. Hälschner a. a. O. S. 426.

gerichteten Hund sich den Gegenstand apportiren lässt, auf dessen Entwendung es abgesehen ist,[13] oder dadurch, dass man sein Vieh auf fremder Weide füttert,[14] oder dadurch, dass man communicirende Röhren anlegt, durch welche der Inhalt des einen Gefässes von selbst in das andere übergeht:[15] von keiner Seite wird hierauf Gewicht gelegt. Ebenso möchte man wohl kein Bedenken tragen, die Verurtheilung wegen Diebstahls auszusprechen, wenn Jemand fremde Tauben in seinen Stall lockt und sodann dessen Thür schliesst oder wenn Jemand einen Gegenstand, den ein Fremder in einem Lokale vergessen hat, durch seinen Bedienten nach seiner Wohnung schaffen lässt, ohne ihn selbst auch nur berührt zu haben.[16] Daraus erhellt, dass das Consummationsmerkmal des Deliktes in der That in einer Folge besteht, der gegenüber die Art, durch die sie ins Leben tritt, der rechtlichen Relevanz ermangelt. Wie es beim Morde gleichgiltig ist, ob durch einen Schuss, durch eine Vergiftung, durch einen Sturz ins Wasser u. s. w. der Tod bewirkt ist, ganz ebenso ist es beim Diebstahl irrelevant, auf welchem Wege die Veränderung der Gewahrsam ermöglicht wird.

Endlich finden wir Theorie und Praxis auch darin einig, dass die Wegnahme sich erst dann vollzieht, wenn die Sache aus der fremden Detention in die eigene gebracht wird.[17] Die Differenz zwischen ihrer Auffassung und der unsrigen besteht also nur darin, dass wir die von gegnerischer Seite damit stillschweigend behauptete Identität der Begriffe Wegnahme und Veränderung der Gewahrsam leugnen. Wir leugnen sie aus doppeltem Grunde, einmal, weil nicht jede Besitzentziehung eine Wegnahme zu ihrer Voraussetzung und sodann, weil nicht jede Weg-

[13] Schwarze a. a. O. S. 590.

[14] Merkel a. a. O. S. 643.

[15] Berner a. a. O. S. 500 cf. auch Meyer a. a. O. S. 457.

[16] cf. auch L. 50 § 4 D. 47. 2 (de furtis) L. 37. L. 52 § 13 l. c.

[17] Hälschner a. a. O. S. 427. Oppenhoff a. a. O. Note 46. Schütze: Lehrbuch S. 428. Rüdorff a. a. O. S. 420 Note 12.

nahme einen Besitzerwerb zur Folge hat.[18] Der darin liegende Unterschied macht sich praktisch namentlich nach zwei Richtungen hin geltend. Zunächst ist er von durchgreifendem Einfluss auf die Entscheidung der Controverse, ob der Consens des Detentors in die Wegnahme die Widerrechtlichkeit der That aufhebt, und sodann auf die Beantwortung der Frage, ob der Mangel des Objekts als fehlendes Begriffsmerkmal oder als Versuch aufzufassen ist.

In ersterer Beziehung haben bereits die römischen Juristen geschwankt, ob ein contrectatio domino invito anzunehmen sei, wenn Jemand einen fremden Sclaven überredet, gewisse, seinem Herrn gehörige Sachen zu entwenden und zu ihm zu bringen, und der Diebstahl in der projektirten Art vor sich geht, nachdem der Besitzer von dem Sachverhalt unterrichtet, sich hiermit einverstanden erklärt hat, um den Anstifter in ipso delicto zu überraschen.[19] Es ist bekannt, dass Justinian durch eine besondere Decision die Controverse beseitigt hat, indem er sich, wenn auch nicht aus allgemeinen Rechtsprincipien, so doch aus Zweckmässigkeitsgründen der strengeren Meinung anschloss.[20] Würde es sich schon danach verbieten, eine singuläre lex[21] analog anzuwenden, so übersieht Luden, der das Gegentheil vertheidigt,[22] nicht blos, dass seine Ansicht in ausdrücklichen Quellenzeugnissen ihre Widerlegung findet,[23]

---

[18] Von diesen beiden Einwendungen wird nur die erste von denjenigen Rechtslehrern — cf. Note 9 — vermieden, welche an Stelle der Wegnahme den umfassenderen Ausdruck Besitzentziehung setzen. Umgekehrt wird zu einseitig der Besitzerwerb betont von Hessen Art. 354. Braunschweig § 213. Würtemberg Art. 316. Baden § 376 Art. 347 des italienischen Entwurfs von 1868 u. a. m.

[19] Gajus: Inst. III § 198. § 8 Inst. 4. 1.

[20] L. 20 Cod. 6. 2 (de furtis et servo corrupt.).

[21] Die Singularität der Vorschrift ist richtig hervorgehoben von Zachariae a. a. O. Bd. I S. 146. 147 und von Pfotenhauer a. a. O. S. 139—147.

[22] Luden a. a. O. S. 190. 191. Bereits Pfotenhauer hat sich gegen ihn aus den im Text angegebenen Gründen gewendet.

[23] L. 46 § 8 D. 47. 2. L. 6. D. 47. 19. Danach ist die Ansicht

sondern auch, dass der Streit unter den römischen Juristen sich nicht sowohl darum gedreht hat, ob der Glaube des Thäters ein mangelndes Deliktsmerkmal ersetzen könne, als vielmehr darum, ob der dominus thatsächlich oder nur scheinbar in die Contrektation willige.

Noch heut zu Tage waltet unter den Rechtslehrern die gleiche Meinungsverschiedenheit über die Behandlung des Falles ob. Wer auf den Akt der Wegnahme den Schwerpunkt verlegt, nimmt den Consens als ertheilt,[24] wer den des Besitzerwerbes in den Vordergrund stellt, nimmt ihn als nicht ertheilt an.[25] Von jenem Gesichtspunkt aus wird die Einwilligung als dem Willen in Wahrheit, von dem andern als ihm nur dem Schein nach entsprechend angesehen. Freilich wird nicht durchweg die Divergenz des Standpunktes in solcher Weise präcisirt, vielmehr wird vielfach die Frage hineingemengt, ob ein wissentliches Geschehenlassen als Consens aufzufassen sei. Allein darum handelt es sich hier nicht: nicht ob zugestimmt wird, sondern worin zugestimmt wird, ist streitig. Man mag die Grundsätze über die Interpretation des Stillschweigens anwenden, wenn es auf die Beurtheilung eines Falles ankommt, in welchem der Detentor eine Verhinderung des Diebstahls, die in seiner Macht gelegen hätte, unterliess,[26] man kann aber nicht auf sie recurriren, wenn eine ausdrückliche Willenserklärung vorliegt und nur die Tragweite ihres Sinnes der Auslegung Schwierigkeiten bereitet. Ebensowenig dürfte es sich rechtfertigen, den Consens als simulirt zu betrachten; sowohl das, was geschehen soll, als auch das, was nicht geschehen soll, ist allen Ernstes gewollt. Viel-

der Juristen, welche auf die Vorstellung des Thäters das entscheidende Gewicht legte, in der Justinianischen Gesetzgebung nicht recipirt.

[24] Temme: Lehrbuch S. 905. Erk. des Ob.-Trib. vom 4. November 1859 in Goltdammers Archiv Bd. VIII S. 133.

[25] Schwarze a. a. O. S. 591. Meyer a. a. O. S. 460. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 427. Merkel a. a. O. S. 644. 645.

[26] L. 91 D. 47. 2.

mehr wird sich wohl nur die Auffassung vertheidigen lassen, dass der Inhaber, welcher zum Zweck der Ergreifung des Diebes eine Collusion gestattet, zwar in die Wegnahme der Sachen, nicht aber in die Besitzveränderung willigt. Das Requisit der Widerrechtlichkeit ist somit vorhanden.[27]

In letzterer Beziehung werden wir, wenn wir das Consummationsmerkmal des Diebstahls als die Alteration der Gewahrsam bezeichnen, dem Objekte eine andere Bedeutung beizulegen haben, als dies zeither allgemein geschehen ist. Setzt nämlich der Besitz begriffsmässig eine körperliche Sache als sein Substrat voraus,[28] so folgt daraus von selbst, dass das Objekt beim Diebstahl einen integrirenden Bestandtheil des Erfolges bildet. Soll sein Thatbestand mit dem Eintritt einer Besitzveränderung erfüllt sein, so ist damit zugleich der Gegenstand der Rechtsverletzung umfasst. Während daher bei allen übrigen Verbrechen der Gesetzgeber seine Strafvorschrift dahin zu formuliren hat, dass er in ihr das Gut erwähnt, das er geschützt sehen will, und ausserdem die Folge angiebt, deren Herbeiführung er ahndet, ist

---

[27] Damit übereinstimmend: Erk. des Ob.-Trib. vom 10. April 1874 (Oppenhoff Rechtspr. Bd. XV S. 225). Der thatsächlichen Feststellung des Instanzrichters lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Nachdem Gr. von N. eine Quantität Spreu gekauft hatte, suchte er den mit der Zumessung der Spreu beauftragten Arbeiter Sp. zu veranlassen, ihm gegen eine Belohnung statt der Spreu eine Quantität (viel werthvolleren) Rapses des Verkäufers zuzumessen. Dieser ging in Einverständniss mit seinem Herrn zum Schein auf das Ansinnen insoweit ein, als er es geschehen liess, dass sich Gr. selbst des Rapses bemächtigte und denselben auf seinen vor dem Magazin haltenden Wagen brachte, wo er demnächst angehalten wurde. — A. M. Binding a. a. O. S. 555, der wegen Unterschlagung gestraft sehen will, indem er den Consens in die Wegnahme von dem in die Apprehension nicht scheidet. — Würde die Einwilligung in die Besitzveränderung ertheilt sein, so würde ich es für gleichgiltig halten, ob dem Thäter dieser Umstand bekannt war oder nicht. A. M. Merkel a. a. O. S. 653; mit Recht dagegen: Meyer a. a. O. S. 460. Binding a. a. O. S. 558. Schütze a. a. O. S. 429 cf. auch Oppenhoff a. a. O. Note 42.

[28] Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts 4. Aufl. Bd. 1 S. 453. Baron: Pandekten § 115 S. 186. 187.

seine Aufgabe beim Diebstahl in sofern vereinfacht, als er sich auf das Verbot der Besitzveränderung beschränken könnte, ohne befürchten zu müssen, den Gegenstand, auf den es sich bezieht, nicht genügend bestimmt zu haben. Der Diebstahl weicht mithin von allen Delikten, mit denen wir uns sonst in der Versuchslehre zu beschäftigen haben, darin ab, dass bei ihm das Merkmal der Consummation das des Objektes absorbirt, so dass bei ihm die Unterscheidung zwischen dem einen und anderen, welche im Uebrigen der Thatbestand zulässt, in Wegfall kommt. Daraus ergiebt sich zugleich auch die Beschaffenheit, welche der Versuch bei ihm annimmt. Bedingt der Erfolg die Veränderung des Besitzstandes, so muss der Versuch in einer Handlung bestehen, welche die Fähigkeit besitzt, die Alteration der Gewahrsam einer körperlichen Sache herbeizuführen. Ist diese am Thatort nicht vorhanden, so kommt damit ein délit manqué zum Vorschein, das sich von einem Fehlschusse bezüglich der Begehungsweise des Thäters in Nichts unterscheidet. Das abstrakte Verhältniss von Grund und Folge ist dort genau ebenso wie hier etablirt. Der Taschendieb, der in einen fremden Rock greift, um zu stehlen, ist sich ganz ebenso bewusst, dass den Chancen des Erfolges die des Misserfolges gegenüberstehen, wie der Mörder, der sein Gewehr abdrückt. Beide nehmen zur Verwirklichung ihrer Absicht eine Handlung vor, welche die Möglichkeit des Gelingens gewährt, und beide sehen die Möglichkeit nicht in die Wirklichkeit umgesetzt.[29]

Jede Distinktion, die aufgestellt worden ist, um in dem einen Fall Versuch, in dem anderen Mangel im Thatbestand anzunehmen, scheint mir auf Willkür zu beruhen.[30]

---

[29] Krug a. a. O. S. 23 Note 60 scheint mir denn doch die Schwierigkeiten der Begründung unterschätzt zu haben, wenn er den Mangel des Objektes am Thatort „für einen ganz gewöhnlichen, durch Zufall vereitelten Versuch" erklärt.

[30] Mittermaier: im Gerichtssaal pro 1859 S. 443. Carrara a. a. O. S. 61.

Gleichviel, ob Jemand in eine fremde Commode greift, um einen beliebigen Gegenstand zu entwenden, oder ob er wählerischer zu Werke zu gehen beabsichtigt, gleichviel ob der Taschendieb nur eine bestimmte Tasche absuchen wollte oder nicht:[31] das entscheidende Verhältniss hat er ins Leben gerufen und der Strafe des Versuches ist er damit verfallen.

Dies ist die einzige Schwierigkeit, welche der Diebstahl der Versuchslehre darbietet,[32] in allen übrigen Beziehungen ist er ihren Regeln ohne Weiteres unterworfen. Insbesondere vermag ich Hälschner nicht beizutreten, wenn er mit der beendigten Thätigkeit des Diebes den Diebstahl für vollendet und deshalb die Unterscheidung zwischen delictum perfectum und delictum consummatum für unanwendbar erklärt.[33] Abgesehen davon, dass überall da, wo die Veränderung der Gewahrsam durch gewisse Veranstaltungen und Vorrichtungen herbeigeführt wird, sich das Gegentheil von selbst ergiebt, möchte ich auch bei der Wegnahme im engeren Sinne seiner Behauptung widersprechen. Würde

---

[31] Erk. des Ob.-Trib. vom 15. November 1871 in Goltdammers Arch. Bd. XIX S. 801. In der Praxis habe ich diese Distinktion vielfach verbreitet gefunden. Im Erk. vom 20. Juni 1879 (Oppenhoffs Rechtssp. Bd. XX S. 307) scheint sie vom Ober-Tribunal aufgegeben zu sein; ein Anfang der Ausführung liegt indess sicher nicht vor.

[32] Die Schwierigkeiten, welche der Strafzumessung von den Codifikationen bereitet werden, welche die Strafe nach dem Werth des entwendeten Objektes abstufen, hat unser Gesetzbuch dadurch vermieden, dass es den Richter freier gestellt hat. cf. Motive des Entwurfes I S. 164. — Freilich scheint es mir damit nicht ganz im Einklang zu stehen, dass das Gerichtsverfassungsgesetz die Competenz nach dem Werthe regelt. § 27 Nr. 4. Für den Versuch des Diebstahls ist damit nichts bestimmt. Die Lücke ist dadurch ergänzt, dass dem freien Ermessen der Staatsanwaltschaft und des Landgerichts die Regelung der Competenz überlassen ist (§ 75). — Luden scheidet nicht Begriff und Strafbarkeit des Versuches, wenn er der Ansicht ist, dass eine Gesetzgebung, welche als Strafe des Diebstahls nur das Zwiespiel oder ein anderes multuplum des Werthes des gestohlenen Gutes kennt, nicht in der Lage sei, vor erfolgter Contrektation Versuch anzunehmen a. a. O. S. 68. 191. 192. 266.

[33] Hälschner a. a. O. Bd. II S. 428.

es sich um einen Diebstahl aus einem auf einer Insel belegenen Hause handeln, so brauchen wir nur den Fall zu fingiren, dass der Thäter die zu entwendende Sache anstatt in den bereit gehaltenen Kahn in die Tiefe des See's wirft, und wir überzeugen uns unschwer, dass die Manipulation, welche die Möglichkeit der Folge in Aussicht stellt, auch beim Diebstahl nicht mit Nothwendigkeit die Wirklichkeit des Erfolges involvirt.

Wir haben damit unsere Ansicht über den Versuch des einfachen Diebstahls entwickelt, über den des s. g. qualificirten Diebstahls, bei welchem der beabsichtigten Besitzveränderung ein Akt vorangeht, welchen man gewöhnlich als einen gesetzlichen Erschwerungsgrund bezeichnet, werden wir uns an einer späteren Stelle auslassen.[34]

Das Verwandtschaftsverhältniss, in welchem der Diebstahl zur Unterschlagung steht, dürfte es rechtfertigen, wenn wir von jenem Delikt unmittelbar zu diesem übergehen, ungeachtet der Verschiedenheit, welche zwischen ihnen, soweit sie in der Versuchslehre in Betracht kommen, obwaltet. So bestimmt wir beim Diebstahl für die Möglichkeit eines Versuches eingetreten sind, so bestimmt müssen wir sie bei der Unterschlagung in Abrede stellen. Wenn es auch richtig ist, dass sich der Dieb von dem Unterschlagenden nur dadurch unterscheidet, dass der eine die Sache nimmt, der andere sie behält,[35] so erleidet doch dadurch der Thatbestand die erheblichste Alteration. Der der Unterschlagung beginnt gewissermassen da, wo der des Diebstahls aufhört.[36] Hier ist die Alteration des Besitzstandes der Schlussakt, dort die Voraussetzung der verbrecherischen Thätigkeit, hier liegt die Zueignung jenseit der Vollendung, dort schneidet die Vollendung mit der Zueignung ab. Während daher

[34] cf. § 22, worin zugleich untersucht werden soll, ob das Einschleichen bedingungslos als strafbar erachtet werden kann.

[35] Schütze: die gesetzliche Formulirung der Begriffe Unterschlagung pp. im Gerichtssaal pro 1869 S. 115. Schwarze: Commentar S. 619 Note. Osenbrüggen: Abhandlungen Bd. I S. 96.

[36] Merkel a. a. O. S. 698.

beim Diebstahl das Consummationsmerkmal in der Veränderung der Gewahrsam besteht, beruht es bei der Unterschlagung in der Aneignung einer der Besitzsphäre des Thäters unterworfenen körperlichen Sache.[37] So streitig auch nun der Begriff der „Aneignung“ sein mag, für uns ist nur die Frage von Interesse, ob danach das vollendete Delikt sich zur verbrecherischen Handlung wie Grund zur Folge verhalten muss oder wenigstens verhalten kann. Wir tragen kein Bedenken, sie verneinend zu beantworten. Mögen wir den Rechtslehrern folgen, welche die Zueignung als einen Akt auffassen, in dem die Usurpation des Eigenthums zu Tage tritt,[38] oder denen, die sie als „ein Gebahren“ bezeichnen, „in welchem der Wille, den Sachbestand thatsächlich in sein Vermögen zu bringen, erkennbar sich verwirklicht“[39] oder endlich denen, welche sie wohl zutreffender dahin charakterisiren, dass durch sie die Willensherrschaft des Eigenthümers über die Sache ausgeschlossen und ihr die des Thäters substituirt wird:[40] unter allen Umständen vollzieht sich danach die Aneignung mit einer Handlung des Unterschlagenden. In ihr liegt mithin nicht der Grund, welcher die Vollendung zur Folge hat, vielmehr ist mit ihrer Vornahme der Thatbestand des Deliktes erfüllt. Die zweifelhaften Fälle, die wir einer verschiedenen Beurtheilung unterworfen sehen,[41] mögen in der einen oder anderen Weise entschieden werden, man hat nur die Wahl, bei ihnen Unterschlagung anzunehmen oder sie

---

[37] Merkel a. a. O. S. 708. Meyer a. a. O. S. 490. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 515. Oppenhoff: Note 52 zu § 246.

[38] Oppenhoff: Note 32 zu § 246 und Note 48 zu § 242.

[39] Schütze: Lehrbuch S. 443.

[40] Merkel: S. 698. Meyer a. a. O. S. 488.

[41] cf Merkel a. a. O. § 36 S. 698—700 und S. 708. Meyer a. a. O. S. 489. Schwarze a. a. O. S. 623—625. Motive des Entwurfs II, worin bes. der Verpfändung, der Verheimlichung und des Ableugnens gedacht ist.

für straffrei zu erklären: der Mittelweg, sie dem Versuchsgebiet zu überweisen, ist durch die Natur des Deliktes abgeschnitten.[12]

---

§ 17.

Die subjektive Seite des Versuches.

Damit hätte unsere Definition den einen Theil ihrer Funktion erfüllt. Mit ihrer Hilfe haben wir die Handlungen, welche der von ihr gegebenen Charakteristik entbehren, aus dem Versuchsgebiet herausgewiesen. Soll sie auch dem anderen Theil ihrer Aufgabe gewachsen sein, so hat sie uns Aufschluss über die Beschaffenheit des Willens- und des Thatmomentes der Handlungen zu gewähren, welche der von ihr gegebenen Charakteristik entsprechen. Demgemäss haben wir uns nunmehr mit den Folgerungen zu beschäftigen, die sich aus ihr in subjektiver und objektiver Beziehung für das Wesen des Versuches ergeben.

In subjektiver Beziehung weist sie dem Versuch das Requisit der Absicht zu. Wenn auch die That die Alternative des Erfolges und Misserfolges in sich schliesst, von den beiden Polen übt nur der positive seine Anziehungskraft aus, und er lässt darüber die entgegengetzte des negativen vergessen. Mag sich auch immer im Bewusstsein die Möglichkeit des Gelingens und Misslingens reflektiren, die Willensintention wird dadurch nicht berührt. Während die Vorstellung dem Thäter sagt, dass der Erfolg eintreten kann, verlangt sein Wille, dass er eintreten soll. Die subjektive Seite des Versuches empfängt damit die Qualifikation des Willens, welche die Wissenschaft mit dem Ausdruck „Absicht“ zu bezeichnen pflegt.[1]

---

[12] Im Endresultat übereinstimmend: Osenbrüggen a. a. O. S. 98. — Mittermaier: im N. Arch. Bd. IV S. 18. — Krug a. a. O. S. 33. — Schwarze a. a. O. S. 625.

[1] Berner: Die Lehre von der Theilnahme der Verbrechen und die

Demgemäss verstehen wir in Uebereinstimmung mit der herrschenden Doktrin unter Absicht die Richtung des Willens auf den Erfolg. Nur darin weichen wir von ihr ab, dass wir beide Begriffe, deren Correlatnatur wir zugeben, auf ein engeres Herrschaftsgebiet beschränken. Sollen wir von Absicht und Erfolg bei allen Verbrechenskategorieen zu sprechen befugt sein, welche das positive Recht kennt, so müsste sich entweder ihr Sinn zu solcher Allgemeinheit verflüchtigen, dass sie für die Doluslehre entbehrlich erscheinen [2] oder, je nach der Verschiedenheit des Verhältnisses, in welchem die verbrecherische Handlung zum vollendeten Delikte steht, variiren. In jenem Falle wird die Willensqualifikation ignorirt, welche bisweilen der Thatbestand in subjektiver Beziehung erfordert, [3] in diesem wird mit ihr auch innerhalb der Delikte operirt, deren Thatbestand sie ausschliesst. Der Dolus, welchen der Meineid und die Urkundenfälschung [4] einerseits und der Raub und Mord andererseits voraussetzen, entzieht sich meiner Ansicht nach der einheitlichen Charakteristik. Dort haben wir es mit einem Willen zu thun, dessen Inhalt sich mit seiner Bewegung in die Aussenwelt ganz oder partiell erschöpft, hier mit einem

neueren Controversen über dolus und culpa S. 66 fg. Derselbe: Lehrbuch § 95 S. 163. Köstlin: Neue Revision § 104 S. 248. 249. Derselbe: System § 73 S. 190. 191. Hälschner: System Bd. I S. 122 fg.

[2] Das ist der Standpunkt, den Binding einnimmt cf. dessen Normen Bd. II § 37 A. S. 102 fg. und § 57 A. S. 400 fg., sowie S. 396 Note 617. — Vergleiche auch v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhang S. 41. 42. — Irrig ist es freilich in der Absicht ein Motiv des Willens zu sehen und sie darum für entbehrlich zu erklären, so insbesondere v. Buri: Ueber Causalität und deren Verantwortung S. 41. 42.

[3] Im Gegensatz zur Qualifikation durch das Bewusstsein. Dieser kann kein Verbrechen ermangeln. Die Willensbethätigung, welche der Mensch bedarf, um seine Kräfte zu entfalten, entzieht sich ihrer Natur nach der Bestrafung. cf. hierüber Binding a. a. O. Bd. I S. 37. — v. Buri im Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1878 S. 3 scheint es als eine Eigenthümlichkeit der Gewalt, Täuschung und Drohung anzusehen, dass sie nicht an und für sich für strafbar erklärt werden.

[4] Ich spreche hier nur von dem dolus, soweit er sich auf die Herstellung des falschen Schriftstückes bezieht.

solchen, der sich in der Objektivität erst wieder findet, wenn er das Ziel seines darüber hinausgehenden Strebens, das ihm eigenthümlich ist, erreicht.

Eine nähere Angabe der Beschaffenheit des Willens im engeren Sinne ist daher meines Erachtens bei der einen Kategorie von Verbrechen ebenso unthunlich, wie bei der anderen geboten. Würde schon dadurch sich der Kreis verengen, innerhalb deren die Ausdrücke Absicht und Erfolg verwendbar erscheinen, so muss er sich überdies noch nach einer zweiten Richtung hin verkleinern. Wollen wir nicht verschiedene Begriffe als Synonyma gebrauchen[5], so sind wir vor die Wahl gestellt, uns ihrer entweder bei der Combination von Mittel und Zweck oder bei der von Grund und Folge zu bedienen, selbst wenn damit die möglichen Eventualitäten abgeschlossen wären. Ich glaube mit der gangbaren Doktrin am meisten in Uebereinstimmung zu bleiben, wenn ich mich zu Gunsten der letzteren Alternative entscheide.

Leiten wir nunmehr aus der veränderten Charakteristik, die wir der Absicht gegeben haben, die daraus fliessenden Folgerungen ab, so befinden wir uns, bei der Divergenz des Ausgangspunktes, nicht in der Lage, auf die vorhandene Litteratur zu recurriren. Indem wir weder die daraus erwachsenden Schwierigkeiten noch die Subtilität der Fragen, in deren Erörterung wir eintreten, verkennen, beschränken wir uns darauf. unsere Ansicht zu entwickeln. Wir halten es für erspriesslicher, die Diskussion anzuregen, als ihr dadurch, dass wir unsere Zweifel unterdrücken, aus dem Wege zu gehen.

Aus dem Wesen der Absicht, wie wir sie auffassen, ziehen wir zunächst die Consequenz, dass ihre Verwirklichung die Identität des Grundes, aus dem die Veränderung hervorgegangen ist, mit dem voraussetzt, aus dem sie hervorgehen sollte. Besteht nämlich die ihr eigenthümliche Willensqualifikation darin, dass sie auf die Ergänzung der Bedingungen

[5] Auch der deutsche Gesetzgeber braucht vielfach Absicht und Vorsatz promiscue cf. z. B. §§ 225 und § 306.

gerichtet ist, deren die Möglichkeit bedarf, um zur Wirklichkeit sich umzusetzen, so tritt mit ihr die Objektivität in Widerspruch, wenn sie, anstatt das Complement zu bilden, derogirend sich dazwischen wirft. Der Grund, aus welchem der Erfolg entspringen sollte, hat ihn nicht hervorgerufen, und der, welcher ihn hervorgerufen hat, hat nicht im Willen des Thäters seinen Ursprung. Würde Jemand einen Anderen an einen Baum im Walde anbinden, damit dieser durch Hunger und Durst sein Leben verliere, so würde ich nur wegen Versuchs strafen, wenn der Blitz einschlägt und ihn tödtet. Wer die gegentheilige Meinung vertritt, suppeditirt der Absicht einen weiteren Inhalt, als ich in ihr zu finden vermag. Denn wenn ich auch nicht in Abrede stellen will, dass das Ereigniss ohne die Handlung des Thäters nicht eingetreten wäre, so bin ich doch der Ansicht, dass es nicht von seinem Willen umfasst war. Sein dolus war keineswegs, wie es leicht den Anschein gewinnen könnte, generell auf den Tod, vielmehr auf die Herbeiführung der Todesursache, welche der Grund ermöglicht, gerichtet. Wer einen bestimmten Weg einschlägt, um sein Ziel zu erreichen, schliesst damit alle übrigen, die gleichfalls zu ihm führen, von seinem Willen aus. Erreicht er es auf einer Bahn, die er nicht betreten hat, so mag der Ausgang mit seinen Wünschen übereinstimmen, sein Wille hat damit nicht die ihm entsprechende Verkörperung erfahren. Der dolus, der sich in einer Handlung ausdrückt, welche berufen ist, eine Folge zu zeitigen, entbehrt der Verwirklichung, wenn sich ihr ein Ereigniss substituirt, das zur nämlichen Veränderung führt, ohne in ihr seine Geburtsstätte zu haben. In dem Beispiele, dessen ich an einer früheren Stelle Erwähnung gethan habe,[6] wäre daher der Thäter nicht wegen Mordes zur Verantwortung zu ziehen, wenn er den Eintritt des Todes durch einen Schuss ermöglichen wollte, und der Schreck des Wanderers ihm den Dienst geleistet hat, den er sich von

---

[6] S. oben S. 427. 428.

der Waffe versprach.[7] Anders würde die Entscheidung ausfallen, wenn er durch psychische Einwirkung den Sturz in den Abgrund hätte veranlassen wollen. Der plötzliche Ruf, dessen unverhoffter Klang den Verlust des Gleichgewichts herbeigeführt hat, würde ausreichen, die Anklage wegen Mordes zu erheben. Die Absicht, die diesen Akt begleitet hat, hätte ihre Realisirung gefunden.[8]

Von dem geltend gemachten Gesichtspunkt aus bietet auch die Entscheidung der Fälle, welche man heut unter der Bezeichnung des Weber'schen dolus generalis zusammenzufassen gewohnt ist, principiell keine Schwierigkeit, wenngleich die Beweisfrage zu den erheblichsten Zweifeln Veranlassung geben mag. Nehmen wir aber einmal als erwiesen an, dass der A den B durch einen Schlag getödtet zu haben glaubt, und ihn hinterdrein, um den Verdacht des Selbstmordes anzuregen, in das Flussbett trägt,[9] so würde, wenn die Obduktion den Tod durch Erstickung ergiebt, die Verurtheilung wegen vollendeten Mordes gegen die Grundsätze von der Zurechnung verstossen. Bezieht sich die Absicht auf ein in der Zukunft liegendes Ereigniss, so kann sie einem Thäter nicht bei einer Handlung innewohnen, welche er nach dem Momente vornimmt, in welchem er sich, wenngleich zu Unrecht, der Ueberzeugung hingiebt, den Erfolg bereits verursacht zu haben. Der dolus, der ihn erfüllte, als er mit dem Hammer den Streich auf den Kopf führte, hat seine Verwirklichung nicht erfahren, und die That, aus

Weber's dol. general. [handwritten margin note]

[7] Je nach der Verschiedenheit der Sachlage wird man Mordversuch mit und ohne Conkurrenz von fahrlässiger Tödtung anzunehmen haben. In dem im Text angeführten Beispiel wird man sich für die letztere Alternative zu erklären haben.

[8] Die Drohung kann daher den Thatbestand des Mordes erfüllen, zwar nicht die Drohung, das Verbrechen begehen zu wollen, wohl aber die Drohung, die auf die Herbeiführung des zu seinem Thatbestand erforderlichen Erfolges gerichtet ist. Wir ersehen daraus, wie unzulässig es ist, die Absicht bald im abstrakten, bald im conkreten Sinne aufzufassen.

[9] Ich modificire damit den in Goltdammers Arch. Bd. I S. 548 mitgetheilten Rechtsfall.

welcher der Tod resultirte, hat des erforderlichen dolus ermangelt.[10]

Dagegen legen wir nicht den mindesten Werth darauf, in welcher Weise sich der Zusammenhang zwischen Grund und Folge gebildet hat. Hat der dolus bei den Verbrechen, welche dem Versuchsbegriff zugänglich sind, den Inhalt, dass die Veränderung, die sich in abstracto aus dem Grunde ergeben kann, in concreto vor sich gehen soll. so hat er sich verkörpert, sobald die Möglichkeit sich in Wirklichkeit verwandelt, ohne dass es dabei auf die Modalitäten, unter denen sich der Prozess vollzieht, etwas ankäme. Der Verbrecher, welcher sich sagt, dass durch einen Schuss ein Menschenleben vernichtet werden kann, und sein Gewehr in der Absicht abdrückt, durch seinen Schuss eine bestimmte Persönlichkeit zu tödten, ist daher voll verantwortlich, gleichviel wie der Causalnexus zur Entstehung gelangt. Mag er ein wichtiges Organ des Körpers getroffen oder nur die Extremitäten gestreift haben, in beiden Fällen hat, wenn in Folge seiner That der Tod eintrat, der von ihm ins Leben gerufene Grund geleistet, was er leisten sollte, und die Willensqualifikation, die ihn dabei durchdrang, befindet sich mit dem Lauf der Begebenheiten in Uebereinstimmung.[11] Demgemäss würde ich auch den Willenszusammenhang als vorhanden annehmen, wenn etwa das Terzerol wegen mangelhafter Ladung platzt, und ein abgesprungenes Stück den Menschen, auf dessen Tödtung es abgesehen war, so unglücklich trifft, dass er in Folge dessen stirbt. Die Identität des Grundes ist vorhanden, und der dolus, mit dem er gelegt ist, ist realisirt, sobald die Zukunft das Ereigniss mit sich

---

[10] Berner: Theilnahme S. 147. Geyer: Erörterungen S. 12—16. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I S. 281. 282. Osenbrüggen: Abhandlungen S. 204—206.

[11] Die Frage, in wie weit eine Compensation des Grundes durch einen Gegengrund eintreten könne, liegt ausserhalb der Grenzen unseres Themas.

bringt, auf dessen Eintritt der Wille, als er sich in die Aussenwelt bewegte, gerichtet war.[12]

Aus dem Wesen der Absicht folgt von unserem Standpunkt aus weiter, dass sie zur Vorstellung in demselben Verhältniss steht wie der Wille zum Wissen. Unsere Wissenschaft hat mithin mit Sehnsucht dem Momente entgegenzusehen, in welchem es der Philosophie gelingt, ihr Problem endgiltig zu lösen. Schon jetzt aber haben wir meines Dafürhaltens alle Ursache die Lehre, dass nur das Vorgestellte gewollt sein könne, für zu weit gehend zu erachten. Weder in den Fällen, in welchen eine falsche Berechnung des Causalzusammenhanges vorliegt, noch in denen, in welchen ein Irrthum im Objekt in Frage steht, ist sie von unanfechtbarer Wahrheit. Im Gegentheil möchte ich dort wie hier die Behauptung aufstellen, dass die Absicht von der Vorstellung unberührt bleibt.

Wenn heut die Wissenschaft[13] und Judicatur[14] darin einig ist, einen Verbrecher, welcher eine nicht tödtliche Wunde schlägt, wegen Mordes zu verurtheilen, wenn ganz wider jede Voraussicht durch eine Complikation von unvermutheten Umständen die Heilung nicht gelingt, so kann ich darin nur eine Anerkennung des Satzes finden, zu dem ich mich bekenne. Zwar ist mehrfach der Ausweg betreten worden, die Zurechnung zum dolus damit zu motiviren, dass der Thäter mit mehr oder minder grosser Wahrscheinlichkeit den Verlauf des Causalzusammenhanges voraus-

---

[12] Demgemäss erscheint mir die Entscheidung des höchsten österreichischen Gerichtshofes vom 21. Februar 1860, die es allerdings nur mit einem Versuchsfall zu thun hatte, ganz zutreffend. Soweit sie von Geyer a. a. O. S. 63 mit allgemeinen Rechtsprincipien bekämpft wird, habe ich mich von der Irrigkeit des Urtels nicht überzeugen können.

[13] Berner: Lehrbuch S. 457. 458. Heffter: Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts § 60 S. 56. 57. Meyer: Lehrbuch S. 371 u. a. m. — Nur in der Causalitätslehre kommen Gedanken zum Vorschein, die damit nicht übereinstimmen. cf. § 18.

[14] Schwarze: Commentar S. 530. 531. Oppenhoff: Commentar Note 16 und 17 zu § 211. Rüdorff a. a. O. S. 391 und Note 5 S. 394.

gesehen habe,[15] allein ich glaube, dass man ihm zu Unrecht eine divinatorische Gabe zuschreibt. Wenn selbst die Aerzte offen zugestehen, dass sie von der Wendung der Dinge äusserst überrascht worden sind, indem die Natur in ihrem räthselhaften Spiele der Erfahrung ihrer Wissenschaft gespottet habe, so will es mir nicht einleuchten, dass wir befugt sind, bei dem Laien einen helleren Blick in die Zukunft vorauszusetzen, als er den Männern von Fach, die mit allen Mitteln ihrer Kunst ausgerüstet sind, beschieden ist. Nur dann, wenn wir Wollen und Wissen von einander unabhängig machen,[16] sind wir meiner Ansicht nach in der Lage, den mit Recht für die Folgen seiner That zur Verantwortung zu ziehen, der sie beabsichtigt hat, mag sich auch seiner Vorstellung der Prozess, durch den sie schliesslich eintreten, entzogen haben.

Nicht minder ist unsere Auffassung rücksichtlich des zweiten Theiles der aufgestellten Behauptung von der Wissenschaft wenigstens dem Resultate nach unterstützt. Nur in der Motivirung befinden wir uns mit ihr nicht in voller Uebereinstimmung; wir befinden uns in Uebereinstimmung mit denen, welche bei den s. g. Verwechslungsfällen die concrete Absicht verwirklicht sehen, wir entbehren der Unterstützung Seitens derer, welche mit der abstrakten Absicht operiren. Denn diejenigen, welche mit uns dem dolus einen conkreten Inhalt geben,[17] räumen damit ein, dass die Divergenz zwischen der Vorstellung und dem bestehenden Zustand der Aussenwelt, die Qualifikation des Willens im engeren Sinne nicht berührt. Damit erscheint mir aber der Satz, dass nur das Vorgestellte gewollt sein

---

[15] v. Buri: Causalität a. a. O. S. 20 i. f. v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhange S. 19.

[16] In der Litteratur finden sich bereits Andeutungen nach dieser Richtung hin cf. insbesondere Geyer: Erörterungen S. 4. Meyer: Lehrbuch S. 157. 158. v. Bar a. a. O. S. 36.

[17] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 274. Häberlin: Im Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1865 S. 35 fg. Schwarze: Commentar S. 117. 118. Geyer a. a. O. B. 39—42.

könne, unvereinbar. Legen wir ihn unserem Urtheil zu Grunde, so müssten wir mit Geib[18] Conkurrenz von Versuch und Fahrlässigkeit annehmen, und wir geriethen damit in den Widerspruch, von einem Mordversuch gegen die Person zu sprechen, die am Ort der That nicht anwesend ist, und die Tödtung der Person für culpos zu erklären, welche sich der Verbrecher zu seinem direkten Ziele ausersehen hat.[19] Wird diese Ansicht nicht gebilligt, so wird damit auch die Prämisse, die zu ihr führt, aufgegeben. Diejenigen dagegen, welche zu der abstrakten Absicht ihre Zuflucht nehmen,[20] suppeditiren ihr eine Bedeutung, die ihrem Wesen widerspricht. Der Erfolg, auf den sie gerichtet ist, gehört dem Bereiche der Wirklichkeit an, und er bedingt deshalb eine Concretisirung des Willens, wenn es zu einer verbrecherischen That kommen soll.[21] Ist es auch hier dem Resultate nach gleichgiltig, ob man die Absicht in diesem oder jenem Sinne auffasst, so tritt doch die Abweichung praktisch zu Tage, wenn es sich um die Beurtheilung der Fälle der s. g. aberratio ictus handelt. Wer ihr einen conkreten Inhalt giebt, muss Conkurrenz von einem versuchten und fahrlässigen Delikt annehmen, wer ihr einen abstrakten Inhalt zuschreibt, muss ein vollendetes Verbrechen annehmen. Aber hier überzeugen wir uns zugleich, dass dieser Standpunkt zu Unzuträglichkeiten führt, die jener vermeidet. So lange freilich nur mit dem Fall gerechnet

---

[18] Geib: Im N. Arch. des Crim.-R. pro 1838 S. 46 fg. — In seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 273 bekennt er sich indess zu der im Text vertretenen Ansicht.

[19] Wer Conkurrenz von dolus und culpa annimmt, würde jeden strafbaren Thatbestand verneinen müssen, wenn der abwesende A z. Z. der That bereits vom Schlage getroffen war, und der anwesende B von dem Schusse gar nicht berührt wurde.

[20] Köstlin: System S. 198. 199. Walther: im Gerichtssaal pro 1866 „zur Diskussion über Verwechslungs- und Aberrationsfälle" S. 401 fg. u. a. a. O.

[21] Binding a. a. O. Bd. II S. 413. Häberlin a. a. O. S. 40 fg. v. Bar a. a. O. S. 74. 75.

wird, dass die Kugel den einen trifft und den andern fehlt, macht sich die Verschiedenheit der Auffassung minder fühlbar, sie tritt aber intensiv hervor, wenn wir fingiren, dass die Kugel den einen durchbohrt und in ihrem weiteren Fluge den anderen ebenfalls zu Tode verwundet.[22] Deducirt man, dass der Thäter die Absicht hatte, einen Menschen zu tödten, und dass der Erfolg ihr entsprach, so müsste man von dem conkurrirenden fahrlässigen Delikt gänzlich absehen, schliesst man sich dagegen der Ansicht, mit der wir übereinstimmen an, so würde Mord und culpose Tödtung anzunehmen sein. Dort würde der eingetretene schwerere Erfolg als ein die Strafbarkeit ermässigender Umstand wirken, während er hier seine strengere Ahndung dadurch findet, dass damit der Versuch in dem Thatbestand der Vollendung aufgegangen wäre.

Während innerhalb dieser Grenzen die Doktrin unsere Auffassung mehr oder minder billigt, trägt sie beim Diebstahl Bedenken, den gleichen Grundsatz zur Anwendung zu bringen. Ich finde nämlich in der Litteratur mehrfach hervorgehoben, dass man zu Unrecht ein vollendetes Delikt annehmen würde, wenn Jemand irrthümlich anstatt des Objektes, auf dessen Apprehension seine Vorstellung gerichtet war, ein anderes ergreift und es sodann, sein Versehen erkennend, dem Eigenthümer restituirt.[23] Meiner Ansicht nach liegt aber die Sache hier nicht anders wie dort. Die

---

[22] Damit vermeide ich den von Walther gegen Häberlin erhobenen Einwand — S. 429 — wonach es einen Unterschied begründen soll, ob das zweite in Frage kommende Objekt unmittelbar oder durch das Abprallen der Kugel getroffen wird, von dessen Erheblichkeit ich übrigens mich nicht überzeugen kann. — Die Argumentation S. 430 deutet auf die Nothwendigkeit, auch den Versuch der Körperverletzung zu bestrafen hin, beweist aber nichts gegen die herrschende Ansicht.

[23] v. Buri a. a. O. S. 83 mit der auffallenden Begründung, dass das Gesetz beim Diebstahl auf die Individualität des Gegenstandes mehr Gewicht lege, als bei anderen Verbrechen. Binding a. a. O. Bd. II S. 420 Note 637, soweit der Unterschied zwischen majus und minus in Frage kommt.

Besitzveränderung hat sich vollzogen und damit die Absicht im Erfolge ihre Verkörperung erfahren. Wenn es auch richtig ist, dass die Entwendung ohne den untergelaufenen Irrthum unterblieben wäre, so vermag doch dieser Umstand an dem Geschehenen nichts zu ändern. Die Rückerstattung wird sicher auf die Strafzumessung Einfluss ausüben, für die rechtliche Qualifikation der That hat sie jedoch keine Bedeutung. Nehmen wir den dolus als vorhanden an, so kann er durch eine nachträgliche Handlung nicht beseitigt werden, verneinen wir ihn, so kann er durch eine darauf folgende Unterlassung nicht zur Entstehung kommen. Wie sollten endlich die Fälle entschieden werden, in welchen ein vom Willen des Thäters unabhängiges Ereigniss ihm die Möglichkeit der Restitution entzieht? Wollten wir uns mit seiner Versicherung begnügen, er würde ohne Dazwischenkunft des Hindernisses das entwendete Gut zurückgebracht haben, so würden wir in unserem Vertrauen, wollten wir ihm keinen Glauben schenken, in unserem Misstrauen zu weit gehen. Steht der Verurtheilung desjenigen, der ein goldenes Gefäss vor sich zu haben glaubt, während er in Wahrheit ein solches von imitirter Masse ergreift, kein Bedenken entgegen, so dürfte sie auch dem gegenüber gerechtfertigt sein, der einen Gegenstand von höherem Werthe entwendet, während er einen solchen von geringerem Werth zu stehlen vermeint. Was wir dem einen versagen, können wir dem andern nicht gewähren. Entweder müssen wir beiden die Befugniss einräumen, durch die Restitution die Strafe von sich abzuwenden, oder keinem von beiden. Wer dort die Absicht für unabhängig von der Vorstellung erklärt, hat meines Erachtens kein Recht, sich hier zu dem entgegengesetzten Princip zu bekennen.

In naher Verwandtschaft zu der eben besprochenen Frage steht die, in wieweit die Unbestimmtheit der Vorstellung sich mit der Bestimmtheit der Absicht verträgt. Es liegt in der Consequenz des Standpunktes, den wir einnehmen, wenn wir die Meinung vertheidigen, dass jene dieser keinen Eintrag thut. Der dolus des Diebes, der eine

Kiste wegträgt, deren Inhalt er nicht kennt, scheint mir nicht von dem desjenigen verschieden zu sein, der zuvor ihren Inhalt untersucht. Besonders wichtig wird das Prinzip, das hierbei zur Anwendung kommt, wenn es sich um einen Massenmord handelt. Die Vorstellung des Thäters wird meist den Gang der Ereignisse nur sehr unvollkommen umfassen, während es seiner Absicht an der nöthigen Präcision nicht gebricht. Diese ist darauf gerichtet, eine unbestimmte Menschenmenge, welche in den Kreis der in Bewegung gesetzten Kräfte eintritt, deren zerstörenden Wirkungen auszusetzen, jene dagegen lässt ihn über die Individualität der Opfer, deren Zahl und den Umfang der Verletzungen im Stich. Verlangen wir zum dolus die Specialisirung der Vorstellung, so wären wir ausser Stande, ihn der Schwere seiner Verschuldung entsprechend zu bestrafen, erklären wir die Bestimmtheit der Absicht für entscheidend, so ist damit das Hinderniss beseitigt, das uns entgegenstehen möchte, ihn für jede Tödtung, die wir zu beklagen, für jede Verwundung, die wir zu bedauern haben, verantwortlich zu machen, mag auch immer der Arm der irdischen Gerechtigkeit ohnmächtig sein, das Maass der Sühne im vollen Umfang zu erschöpfen. Nur zwischen der einen und anderen Alternative ist uns die Wahl gelassen, der Ausweg, der unbestimmten Vorstellung einen schärfer umgrenzten Inhalt zu geben, führt auch hier zu Unzuträglichkeiten. Würde Jemand, um bei dem von Binding gewählten Beispiel stehen zu bleiben, einen Brunnen vergiften, um die daraus schöpfenden Personen zu tödten, so würde ich ihn für jedes Menschenleben, das in Folge seiner That zu Grunde gegangen ist, zur Rechenschaft ziehen. So vielfachen Mord würde ich annehmen, als die Zahl der Todten beträgt.[24] Wem dies zu hart erscheint, mag freilich Ausnahmen statuiren; der Grund-

[24] Nicht der Ausschluss bestimmter Personen von der Vorstellung, sondern die Ergreifung von Gegenmaassregeln wäre erfoderlich, um die Verantwortlichkeit abzulehnen. Was der Wille geschaffen, kann der Gedanke nicht vernichten.

satz aber, von dem er ausgeht, geräth damit ins Schwanken. Sollen wir den dolus nicht für verwirklicht erachten, wenn ein Verwandter des Thäters wider sein Erwarten von dem vergifteten Wasser trinkt, so wären wir auch hierzu nicht berechtigt, wenn ein Fremder, an den er ebensowenig gedacht hat, dies thut.[25] Erklären wir dort den getödteten Verwandten für von der Vorstellung ausgeschlossen, so dürfen wir nicht hier den getödteten Passanten als von ihr mitinbegriffen erachten. Entweder ist jeder von ihnen dolos getödtet, oder keiner von beiden.

Kommt es beim Massenmorde[26] nicht zur vollendeten That, so werden wir selbstredend nicht mit v. Buri[27] die Zahl der Personen, deren Leben auf das Spiel gesetzt war, nach unserer Willkür beziffern dürfen, vielmehr werden wir uns bescheiden müssen, die Anklage wegen Mordversuches gegen eine unbestimmte Menschenmenge zu erheben. Wir können der Absicht, die nicht darüber hinaus präcisirt ist, keinen specialisirten Inhalt suppeditiren.

Die Strenge des Standpunktes, den wir damit vertheidigen, wird reichlich durch die Kehrseite, die er bedingt, aufgewogen. Wer zum Zweck der Belastung zwischen Wissen und Wollen unterscheidet, darf, wenn es sich um die Entlastung handelt, nicht auf den entgegengesetzten Grundsatz recurriren. Damit verbietet es sich für uns von

---

[25] cf. über die Frage und über die dabei gemachten Unterscheidungen: Binding a. a. O. Bd. II S. 416—418.

[26] Damit will ich nicht den Mord als das einzige Verbrechen betrachtet sehen, das Opfer en masse kosten kann. Auch bei der Sachbeschädigung wäre die gleiche Erscheinung zu beobachten, wenn Jemand etwa den Teich, in welchen die Thiere zur Tränke getrieben werden, vergiften würde.

[27] v. Buri a. a. O. S. 50, wonach je nachdem der Thäter seinen Angriff gegen die in einem Militärzuge oder in einem Güterzuge befindlichen Personen richtet, die Zahl auf minimum 50 resp. 3 angenommen werden soll. Der Fall, in welchem die Qualität des Zuges unbekannt ist, wird dabei unentschieden gelassen.

Buri

selbst, mit der Voraussicht von Folgen die Absicht zu identificiren. Mit der Vorstellung, dass eine Veränderung eintreten kann, ist der Wille, dass sie eintreten soll, noch keineswegs gegeben. Dadurch vereinfacht sich zugleich die Doluslehre, soweit sie bei den Verbrechen, welche den Versuch zulassen, zur Anwendung kommt, in doppelter Beziehung, einmal durch die Reduktion der Vorstellungen, in denen sich der Thäter über die Bildung des Causalzusammenhanges zu ergehen vermag, und sodann durch den Wegfall jeder Bedeutung der subjektiven Gewissheit für das Wesen der Absicht. Denn derjenige, welcher mit einer sechsfachen Vorstellung rechnet,[28] übersieht, dass der gesammte denkbare Ideenkreis durch die Nothwendigkeit der einen oder der anderen Alternative und durch die Möglichkeit nach der einen oder anderen Seite hin ausgefüllt ist. Die Wahrscheinlichkeit, Unwahrscheinlichkeit und Ungewissheit, die darüber hinaus erwähnt werden, fallen ihrer Natur nach mit der Möglichkeit zusammen. Derjenige dagegen, welcher Gewicht darauf legt, ob der Verbrecher die Veränderung in der Rechtswelt, um die es ihm zu thun ist, als unausbleiblich oder als mehr oder minder sicher bevorstehend erkennt,[29] lässt unerwogen, dass der dolus — abgesehen von der Vorstellung von der Unmöglichkeit, die ihn ausschliesst — unalterirt bleibt, gleichviel mit welcher der beiden anderen Vorstellungen er sich befreundet.[30]

Bezeichnet die Absicht die Intention des Willens, die Möglichkeit in Wirklichkeit zu verwandeln, so folgt daraus, dass wir nicht berechtigt sind, bei den Rechtsgütern, welche in einem wechselnden Umfang verletzt werden können, den über den Erfolg hinausgehenden Ueberschuss zum dolus zuzurechnen. Binding, der die entgegengesetzte Auffassung vertritt, weist zwar mit Recht darauf hin, dass dieselbe

[28] Binding a. a. O. Bd. II S. 406. 407.

[29] Köstlin: System S. 194. 195. Derselbe: N. Revision § 108 S. 259 fg. u. a. m.

[30] Hälschner: System Bd. I S. 135. 136.

Handlung nicht gleichzeitig im Vorsatz und in der Culpa ihren Ursprung nehmen kann,[31] allein den Folgerungen, die er daraus zieht, vermag ich mich nicht anzuschliessen. Der von ihm aufgestellte Grundsatz:[32]

> „*Wer sich seine Thätigkeit richtig als Ursache einer speciellen widerrechtlichen Verletzung vorstellt, und sich dennoch zu ihr entschliesst und den Entschluss realisirt, der hat diese eine Verletzung in ihrem vollen Umfang vorsätzlich herbeigeführt, sobald sie nicht über die Grenzen der beabsichtigten Deliktsart hinausgeschritten ist*“

hängt zwar mit seinem Systeme zusammen, das der Absicht in der Doluslehre keinen Platz einräumt, er zeigt uns aber recht deutlich, dass wir ihrer im Criminalrecht nicht entbehren können.[33] Bringen wir ihn zur Anwendung, so wäre der Unterschied zwischen einer Körperverletzung, welche den Verlust eines wichtigen Organes zu Folge hatte, und der, bei welcher er beabsichtigt war, verwischt. Der Entschluss, eine Freiheitsberaubung über eine Woche fortzusetzen,[34] wäre danach genügend, die Versuchsstrafe wegen

---

[31] a. a. O. Bd. II S. 419. 420.

[32] a. a. O. S. 422. 423.

[33] Berner: Lehrb. S. 161 Note 1, der mit Recht sagt, dass die Begriffe Absicht, Vorsatz und Zweck im Criminalrecht bleiben werden, „selbst wenn die Zukunft alle weiteren Eintheilungen des dolus über Bord werfen sollte.“

[34] Binding a. a. O. S. 422 geht sogar noch weiter, indem er annimmt, dass die Freiheitsberaubung so lange vorsätzlich fortgesetzt wird, als sie andauert. Die unvermeidliche Härte des Gesetzes erfährt dadurch eine Potencirung da, wo sie vermeidlich erscheint. Auch der würde danach des Vorsatzes nicht ermangeln, das qualificirte Delikt zu begehen, welcher selbst während der kritischen Frist der Freiheit beraubt wird, und alle seine Anstrengungen, die Folgen seiner That zu beseitigen, vereitelt sieht. Ich würde, wenn das Gesetz zwischen beiden Schuldarten hierbei unterschiede, Vorsätzlichkeit für den von da ab laufenden Zeitraum verneinen. Zugleich dürften wir uns auch aus diesem Beispiel überzeugen, dass der Quantitätsunterschied nur einen objektiven Maassstab verträgt. Man würde sonst in die Unzuträglichkeit gerathen, den einen Theil als vorsätzlich, den anderen als culpos gewollt in Anrechnung bringen zu müssen.

des qualificirten Deliktes auszusprechen, während das Gesetz lediglich an den Ablauf der darin vorhergesehenen Frist die schwerere Ahndung geknüpft hat.[35] Und nicht zufällig ist dies nach unserer Meinung geschehen. Giebt es in abstracto keinen Grund, aus der eine Freiheitsberaubung von bestimmter Dauer hervorgehen kann, so liegt es auch ausserhalb unserer Machtsphäre, einen dem entsprechenden Erfolg ins Leben zu rufen. Mit dem Moment, in welchem sich die Möglichkeit in Wirklichkeit verwandelt, sieht sich die Absicht im Spiegel der Objektivität wieder. Die Willensqualifikation, die den Handelnden erfüllte, als er die Bedingungen für den Eintritt des Ereignisses setzte, um dessen Herbeiführung es ihm zu thun war, hat damit ihren Abschluss gefunden. Die Veränderung hat sich vollzogen, und damit ist die Absicht erschöpft. Der Gesetzgeber ist daher bei den Delikten, die hier in Frage kommen, vor die Alternative gestellt, entweder den Quantitätsunterschied ganz zu ignoriren oder ihn zum objektiven Erschwerungsgrunde zu machen.[36] Denn wenn er auch die die Conservirung des eingetretenen Zustandes bedingende Unterlassung je nach der Verschiedenheit der Schuldart verschieden qualificiren könnte, die Willensrichtung, die zur Zeit der Grund legenden Thätigkeit vorhanden war, bietet ihm dazu keine Handhabe. Darin findet zugleich die vermeintliche Härte, welche dergleichen Strafvorschriften aufweisen, ihre naturgemässe Erklärung. Sie wird überdies noch dadurch gemildert, dass innerhalb derselben Deliktsgattung, soweit die Abstraktion das Verhältniss von Grund und Folge zulässt, die Zerlegung in Schuldarten stattfindet, so dass nur da, wo die entgegengesetzte Voraussetzung zutrifft, die Rücksicht auf den Schutz der Rechtsgüter die auf die verbrecherische Subjektivität überwiegt. So hat man bei der

---

[35] Meyer a. a. O. S. 418 Note 11. Schwarze: Commentar S. 583.

[36] Einen objektiven Erschwerungsgrund sehen in dergl. Vorschriften Schwarze Commentar S. 556. 557. Oppenhoff: Commentar Note 16 zu § 224 u. a. m.

Arbeitsunfähigkeit, welche einen bestimmten Zeitraum umfasst, nur die Wahl, sie entweder mit der deutschen Gesetzgebung mit Stillschweigen zu übergehen, und es dem Richter zu überlassen, auf sie bei der Strafzumessung Bedacht zu nehmen, oder sie mit der preussischen zu einem objektiven Erschwerungsgrunde zu machen.[37] Umgekehrt wäre es ungerechtfertigt bei den Körperverletzungen, welche der § 224 R.-St.-G. aufzählt, nur mit objektivem Maasse zu messen. Die Abstraktion gewährt bei ihnen dem Verhältniss von Grund und Folge Spielraum, und deshalb ist bei ihnen eine Abstufung nach der Verschiedenheit der Verschuldung ausführbar, und darum auch, wenn die Strafe ihr entsprechen soll, geboten. Dies ist auch von dem deutschen Gesetzgeber nicht verkannt worden. Für die Versuchslehre haben wir daraus den wichtigen Schluss abzuleiten:

Stellt eine Codifikation objektive Erschwerungsgründe auf, so enthält der Versuch des leichteren Delikts niemals einen solchen des schwereren Delikts.

Mit dem Mangel der Absicht ist die subjektive Bedingung seiner Existenz deficient geworden.[38]

Aus dem Wesen der Absicht, wie wir sie charakterisirt haben, ergiebt sich endlich, dass die Unbestimmtheit ihrer Natur widerstrebt.[39] Ist sie darauf gerichtet, die eine Alternative herbeizuführen und die entgegengesetzte zu ver-

---

[37] § 193 des preuss. G., abgeändert durch das Gesetz vom 14. April 1856.

[38] Im Endresultat damit übereinstimmend: Beschluss des Ob.-Trib. vom 30. Juni 1853 in Goltdammers Arch. Bd. I S. 372. Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III Note 2 S. 175. Berner im Gerichtssaal pro 1866 S. 301. 302. Rüdorff a. a. O. Note 8 zu § 224. Schwarze: Commentar S. 560 u. a. m.

[39] Damit übereinstimmend: Zachariae a. a. O. III S. 302. Temme: Arch. des Crim.-R. pro 1854 S. 206 fg. Luden: Handbuch I S. 247 fg. Osenbrüggen: Die Brandstiftung S. 125. 186. 195. Krug: Ueber dolus und culpa, insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht. cf. auch v. Bar a. a. O. S. 43—52.

meiden, so ist damit die Veränderung, die sie anstrebt, so scharf präcisirt, dass sie den s. g. dolus indeterminatus in den beiden Gestaltungen, die ihm die Wissenschaft gegeben, zurückweist. Demgemäss halten wir einen Versuch ebensowohl beim dolus eventualis wie beim dolus generalis für ausgeschlossen.[40]

In letzterer Beziehung ist unsere Aufgabe in sofern erleichtert, als selbst diejenigen, welche den dolus generalis im Criminalrecht für unentbehrlich erachten, ihm dennoch auf dem Gebiete des Versuches keine Stätte vergönnen. Krug, der unter ihm die Willensbestimmung versteht, „wobei der Verbrecher nur im Allgemeinen verletzen, schaden, stehlen will, ohne sich einer speciellen Verletzung, die er zufügen will, oder eines bestimmten Objektes, das er stehlen, zerstören etc. wolle, bewusst zu sein“, sieht sich zu dieser Concession aus dem Grunde genöthigt, weil erst der Thatbestand der Vollendung den zur Anwendung des Strafgesetzes nöthigen Anhalt gewähre. Wollte man vorher gegen den verbrecherischen Willen reagiren, so würde man zu leeren Vermuthungen seine Zuflucht nehmen müssen.[41] Damit erkennt er aber an, dass die Absicht, von der er hierbei spricht, einen viel zu vagen Inhalt hat, als dass sie anders als nach ihren Folgen bemessen werden könnte. Wer auf einen Anderen losschlägt, unbekümmert darum, ob und welche Art der Verwundung sich hieran knüpfen möchte, verhält sich gegen die Folgen seiner That indifferent, und es mangelt ihm daher gerade die Qualifikation des Willens, welche das Wesen der Absicht ausmacht. Umgekehrt geht Krug wieder zu weit, wenn er die Absicht des Diebes eine unbestimmte nennt, der auf gut Glück seinem Gewerbe nach-

---

[40] Damit übereinstimmend: Luden: Abhandlungen Bd. I S. 260—266.
Krug a. a. O. S. 81 }
v. Bar a. a. O. S. 52 } soweit der dolus eventualis in Betracht kommt.
Hälschner: System Bd. I S. 180, soweit der dolus generalis in Betracht kommt.

[41] Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 15.

geht. Der Umstand, dass wir bei der relativen Strafbarkeit verhindert sind, den Werth des Objektes in Anschlag zu bringen, bedingt nicht die Consequenz, die absolute Strafbarkeit für ausgeschlossen zu erklären. Die Unbestimmtheit der Vorstellung thut der Bestimmtheit der Absicht keinen Abbruch.

Herrmann, dessen generelle Absicht im Wesentlichen mit der übereinstimmt,[42] die Krug als eine unbestimmte bezeichnet, will zwar bei ihr die Möglichkeit eines Versuches angenommen wissen,[43] in seinen Ausführungen aber negirt er sie. Denn wenn er erklärt, dass unter den verschiedenen Verbrechensarten, die sie indistincte umfasst, der Bestrafung des Versuches diejenige zu Grunde gelegt werden müsse, welche unter der milderen Pönalsanktion steht, so ist dies nicht, wie er annimmt, ein Ausfluss des Grundsatzes „in dubio mitius", sondern eine Umbildung der in jure unbestimmten Absicht zu einer in jure bestimmten. Sollen wir denjenigen, dessen Absicht generell auf eine Verletzung, nicht aber speciell auf eine Tödtung, eine schwere oder leichte Körperverletzung gerichtet ist, nach dem mildesten Gesetz, gegen das er hätte verstossen können, verantwortlich machen,[44] so bedeutet dies meiner Ansicht nach nichts anderes, als dass wir seinen dolus, soweit er specialisirt war, unserer Beurtheilung unterziehen und ihn, soweit er nicht specialisirt war, ausserhalb unserer Beachtung lassen. Nicht der Umstand, dass hier eine Handlung vorliegt, „welche nach dem objektiven Gesichtspunkt des Strafgesetzes Versuch der Tödtung, der schweren oder leichten Körperverletzung ist"[45] kommt ihm zu Gute, sondern der, dass hier eine Handlung nicht vorliegt, welcher vom subjektiven Gesichtspunkt aus die Eigenschaft eines Versuches

[42] Herrmann: Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt pp. im N. Arch. des Crim.-R. pro 1856 S. 23 und S. 449.

[43] a. a. O. S. 31. Bei seiner hypothetischen Absicht gesteht er deren Unverwendbarkeit für den Versuch zu S. 30.

[44] a. a. O. 31.

[45] a. a. O. Note 27 S. 32.

der Tödtung oder der schweren Körperverletzung innewohnte.

Binding endlich, der dem dolus generalis in seinem System nur insoweit einen Platz einräumt, als der Thäter in seiner Vorstellung mehrere rechtlich verschiedene Deliktsmerkmale zu einer Generalnorm combinirt,[46] bekennt sich wenigstens dem Resultate nach zu der von Herrmann vertheidigten Ansicht.[47] Demgemäss dürfen wir wohl auch von ihm behaupten, dass er den dolus generalis nicht für geeignet erachtet, die Absicht, deren der Versuch zu seiner Existenz bedarf, zu ersetzen.

Anlangend dagegen den dolus eventualis, so beschränken wir uns darauf, ihn in der Gestaltung zu berücksichtigen, die ihm Hälschner gegeben. Denn der Begriff, den Berner[48] und Köstlin[49] aufgestellt haben, ist unserer Ansicht nach durch ihn überzeugend widerlegt,[50] und der, welchen er eingeführt hat,[51] von der Wissenschaft recipirt.[52] Im Hälschner'schen Sinne haben wir aber unter eventuell bestimmter Absicht die Art der Selbstbestimmung zu verstehen, vermöge welcher Jemand mehrere Erfolge, die gleichmässig seinem Zwecke entsprechen, mit seiner Vorstellung umfasst und von seinem Willen nicht ausschliesst. Ihr wird der dolus determinatus gegenübergestellt, dessen Eigenthümlichkeit darin bestehen soll, dass er in einem bestimmten Erfolge, dem er zustrebt, das ausschliessliche Mittel erblickt, zur Selbstbefriedigung zu gelangen. Der Unterschied der beiden Arten der Absicht, welche das Hälschner'sche System kennt, ist somit auf den Unterschied gebaut, in welchem die verbrecherische Handlung zu den Zwecken des Thäters steht.[53]

---

[46] Binding a. a. O. Bd. II S. 429.

[47] a. a. O. S. 430.

[48] Berner: Imputationslehre S. 184—188. Derselbe: Theilnahme S. 120 fg.

[49] Köstlin: N. Revision § 108. Derselbe: System § 74.

[50] Hälschner: System Bd. I S. 135. 136.

[51] a. a. O. § 34 S. 129. 130.

[52] Geyer: Erörterungen S. 4. Meyer: Lehrbuch S. 165 c.

[53] cf. auch a. a. O. S. 140.

Je nachdem sie auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet ist, welcher exklusiv der Selbstbefriedigung dient oder nicht, haben wir es danach mit dem dolus determinatus oder eventualis zu thun, dort wie hier vorausgesetzt, dass sich die Vorstellung die Veränderung in der Rechtswelt, welche die Willensbewegung hervorzurufen vermag, vergegenwärtigt. Hiermit könnte man sich aber nur dann einverstanden erklären, wenn die herrschende Ansicht, wonach der Erfolg eine Vorbedingung für die Erreichung des Zweckes sein soll,[54] sich aufrecht erhalten liesse. Würden sich nämlich Erfolg und Selbstbefriedigung zu einander wie Mittel und Zweck verhalten, so würde die Beziehung der Absicht auf den Zweck uns in die Nothwendigkeit versetzen, auch die dadurch bedingten Mittel als gewollt zu erachten. Danach wäre jeder Erfolg, aus dem Jemand Selbstbefriedigung zu schöpfen vermag — die Vorstellung von der Möglichkeit seines Eintritts als vorhanden angenommen — von ihm als dolose zu verantworten, und nur der Umstand, ob er als ein vom Willen positiv erfasstes, oder als ein von ihm nicht abgelehntes Mittel in Betracht kommt, würde auf die Schwere der Schuld einen Einfluss ausüben. Allein der Grundgedanke, auf dem diese Lehre ruht, ist meines Erachtens bei genauerer Prüfung kaum haltbar. Wenn ich auch zugebe, dass der Zweck die Absicht ins Leben ruft, so vermag ich mich doch nicht zu überzeugen, dass mit der Verwirklichung der Absicht dem Motive Genüge geschieht. Der Erfolg kann verfehlt und der Zweck erreicht, und — was von keiner Seite verkannt wird — der Zweck verfehlt und der Erfolg erreicht sein. Wer im Interesse von Intestaterben[55] beschliesst, den Erblasser an der Errichtung

[54] Berner: Theilnahme S. 150. Derselbe: Lehrbuch S. 160. v. Bar a. a. O. S. 40. Osenbrüggen: Abhandlungen S. 15—18.

[55] Sofern eine Collusion zwischen dem Intestaterben und dem Dritten nicht stattfindet, verbietet es sich von selbst, die Grundsätze der Indignität zur Anwendung zu bringen. L. 2 C. 6. 24 (Si quis aliquem testari prohibuerit) § 605 Tit 12 Th. I A. L. R. Um indess alle Einwendungen, die hier das Civilrecht hervorrufen könnte, ab-

einer letztwilligen Disposition zu verhindern und deshalb seinem Leben Nachstellungen bereitet, sieht seine Absicht vereitelt, wenn der Tod ausbleibt, den Zweck aber erfüllt, wenn seine That dauernd Wahnsinn zur Folge hat. Wer hingegen sein Gebäude abbrennt, um die Ueberversicherungssumme zu erheben, hat seine Absicht realisirt, seinen Zweck aber verfehlt, sobald er durch eine Verletzung der Vorschriften der Police seinen Anspruch verwirkt. Deshalb bin ich ausser Stande, mich einer Doluslehre, welche den Unterschied zwischen exklusiv bestimmter und eventuell bestimmter Absicht auf das Verhältniss stützt, in welchem die That zu den Zwecken des Handelnden steht, anstandslos anzuschliessen. Hälschner selbst hat, wie es mir scheinen will, die sich daraus ergebenden Unzuträglichkeiten nicht übersehen. Denn wenn er beim s. g. error in objecto den Zweck für fehlgeschlagen, die Absicht aber für erreicht erklärt,[56] so liegt darin eine Abweichung von der Charakteristik, die er dem dolus im Allgemeinen giebt. Soll die Zurechnung zum Vorsatz in Wegfall kommen, wenn die Vorstellung einen Erfolg ausschliesst, weil der Handelnde in ihm kein Mittel erblickt, zur Selbstbefriedigung zu gelangen,[57] so wäre meiner Ansicht nach der jeder Verantwortung enthoben, der in der Tödtung des A kein Mittel findet, seine gegen B gehegte Rache zu stillen. Noch mehr tritt die Unzulässigkeit, den Zweck des Thäters zum Ausgangspunkt zu nehmen, beim dolus eventualis hervor. Wäre das Motiv entscheidend, so müssten wir in allen Fällen der Körperverletzung, in denen der Angreifer seinem beleidigten Gefühle Genugthuung verschaffen will, jedwede Folge, die aus seiner That entspringt, sofern sie sich nur in der Vorstellung reflektirt hatte, als eventuell beabsichtigt zurechnen — eine Auffassung, mit der sich Hälschner selbst nicht

zuschneiden, braucht man nur die Sachlage dahin zu modificiren, dass der Verbrecher aus Feindschaft gegen die letztwillig zu bedenkende Person handelt.

[56] a. a. O. Bd. I S. 167.

[57] a. a. O. S. 130.

einverstanden erklärt.[58] Sehen wir aber von den Zwecken, die der Handelnde verfolgt, ab, und schliessen wir aus unserem Betrachtungskreis die Momente aus, welche für den Thatbestand der Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in einem Erfolge besteht, der rechtlichen Relevanz entbehren, so würde der dolus eventualis auch in der Gestaltung, in welcher er noch am meisten billigenswerth erscheint, in die Schuldform übergehen, die wir als die schwerste Stufe der culpa mit luxuria zu bezeichnen pflegen. Das Bewusstsein, dass eine Folge eintreten kann, congruirt nicht mit dem Willen, dass sie eintreten soll, ohne dass hieran der Beweggrund, welcher den Handelnden leitet, etwas zu ändern vermöchte.

Aber selbst wenn wir von den angeregten principiellen Bedenken abstrahiren wollten, für die Versuchslehre bliebe die unbestimmte Absicht immerhin von zweifelhaftem Werth. Hälschner lässt sich hierüber wie folgt aus:[59]

„*Wenn die Absicht eine eventuell bestimmte war d. h. wenn der Handelnde mehrere mögliche Erfolge gleichsehr als seindürfende setzt, und es dem Zufall überlässt, welcher Erfolg wirklich sein wird, so liegt mit dem Eintritt eines dieser Erfolge ein einfaches vollendetes Verbrechen vor, in welchem die Absicht zur vollständigen Verwirklichung gelangt ist, so dass darum die anderen möglichen Erfolge nicht weiter in Betracht kommen, und das vollendete Verbrechen nicht etwa in Bezug auf sie zugleich noch als Versuch betrachtet werden kann. Tritt dagegen keiner der eventuell beabsichtigten Erfolge ein, so ist die Handlung, wofern nur den sonstigen Erfordernissen genügt ist, als eine Versuchshandlung und zwar in Bezug auf das schwerste der eventuell beabsichtigten Verbrechen zu betrachten, da der Handelnde seine Thätigkeit jedenfalls auch auf dessen Verwirklichung ursächlich bezogen hat.*“

Danach würde das Ausbleiben einer der unbestimmt

[58] a. a. O. Bd. II S. 152.

[59] a. a. O. Bd. I S. 181. 182.

beabsichtigten Folgen als Erschwerungsgrund in die Wagschaale fallen, während eine That, die einen schädigenden Einfluss auf die Rechtsgüterwelt ausgeübt hat, im milderen Lichte erschiene. Wer einen Anderen von Hass entbrannt angreift und sich vergegenwärtigt, dass er ebensowohl eine Wunde schlagen, wie den Tod verursachen könne, sich aber hiergegen indifferent verhält, weil er findet, dass die eine wie die andere Alternative seinem Rachedurst entspräche, wäre wegen versuchten Todtschlages anzuklagen, wenn die Gegenwehr ihn überwältigt, wegen einfacher Körperverletzung dagegen, wenn es zum Blutvergiessen gekommen wäre. Versiren aber beide in dem ganz gleichen dolus, so würden wir dem objektiven Gesichtspunkt zu wenig Berücksichtigung schenken, wollten wir diesen Fall milder beurtheilen als jenen.

Damit steht nicht im Widerspruch, wenn wir den Grundsatz, den Hälschner für den dolus eventualis aufstellt, für den Fall zur Anwendung bringen, dass der Thäter es der Entscheidung des Zufalls überlässt, welcher der verschiedenen, ihm aber gleichwerthigen Erfolge zur Entstehung gelangen soll. Nur in dieser Form erscheint uns der dolus alternativus, über dessen Natur die Wissenschaft keineswegs einig ist,[60] wenn auch sicher entbehrlich, so doch mit der Bestimmtheit der Absicht vereinbar.[61] Handelt es sich nämlich um mehrere rechtlich einander gleichstehende Objekte, so ist die Ungewissheit, welches von beiden als Gegenstand eines versuchten oder vollendeten Verbrechens in Betracht zu ziehen ist, ohne juristisches Interesse. Steht dagegen eine grössere und geringere Verletzung eines und desselben Objektes in Frage, so geht der dolus alternativus in den exklusiv bestimmten über. Wer einen Anderen

[60] cf. Berner: Imputationslehre S. 186, dem sich Köstlin angeschlossen hat. N. Revision S. 261. 262. Hälschner a. a. O. S. 138. Meyer: Lehrbuch S. 165 c. Binding a. a. O. Bd. II S. 395 Note. Gessler: Begriff und Arten des dolus S. 102—105. 123—126.

[61] Von diesem Gesichtspunkt aus ist der dolus alternativus bekämpft von Krug a. a. O. S. 62—66 und Temme im N. Arch. des Crim.-R. pro 1854 S. 218—220.

zu tödten entschlossen ist, kann nicht gleichzeitig die Absicht, ihn zu verwunden, haben. Der Wille, welcher sich gegen die Vernichtung des Lebens richtet, ist mit dem, welcher seine Erhaltung begehrt, unvereinbar. Kommt endlich die Alternative zwischen einem verbrecherischen und nicht verbrecherischen Erfolg zur Erwägung, so wird wohl kaum eine andere Schuldart als die culpa construirbar sein. Wer ein Gefäss zum Fenster hinaus wirft und sich darein ergiebt, ob es auf das Strassenpflaster oder auf einen Vorübergehenden fällt, mag sträflich leichtsinnig handeln, ein doloses Verbrechen vermag ich darin nicht zu erblicken, gleichviel, ob die Folgen der That im Voraus gebilligt werden oder nicht.[62]

Fassen wir aber den dolus alternativus in der Beschränkung auf, in welcher wir ihn mit dem Wesen der Absicht für verträglich erachten,[63] so ist unsere Uebereinstimmung mit Hälschner von der Voraussetzung abhängig, dass die Bedingung, an welche sich der Wille gebunden hat, existent oder deficient geworden ist, während wir dissentiren, wenn sie eintritt, ohne die eine oder andere Alternative zu verwirklichen. Wollten wir nämlich den Thäter auch im letzteren Fall wegen Versuches des schwereren Deliktes zur Verantwortung ziehen, so würden wir nicht blos der Eigenthümlichkeit seines dolus nicht genügend gerecht werden, sondern wir würden auch die Verletzung, die das eine der mehreren in Betracht kommenden Objekte erlitten hat, ignoriren. Besteht das Wesen des dolus alternativus, soweit wir ihn als einen bestimmten anerkennen, darin, dass von mehreren möglichen Erfolgen der ins Leben gerufen werden soll, welcher von einer dem Handelnden ungewissen Thatsache

---

[62] Im Fall der Billigung nehmen Berner a. a. O. S. 186. 187 und Köstlin, der ihm auch hier folgt, N. Revision § 108 und System S. 195, dolus eventualis an. Meines Erachtens geht aber damit die culpa nicht in dolus über, vielmehr nimmt sie damit nur eine intensivere Form an.

[63] Anscheinend damit übereinstimmend v. Bar a. a. S. O. 49 und Geyer: Erörterungen S. 5.

abhängt, so geht mit ihrem Eintritt der ungebundene Wille in einen gebundenen über. Demgemäss unterliegt er von da ab derselben Beurtheilung, wie wenn er von vornherein auf das eine Objekt mit Ausschluss aller übrigen gerichtet gewesen wäre. Mit der Schwere des Schadens, den er verursacht, wächst daher seine Schuld. Würde mithin Jemand seine Büchse abfeuern, um einen Jäger oder dessen Hund, welches Wesen gerade in den Bereich der Schusslinie kommen würde, zu vernichten, so wäre er, wenn er das eine oder andere trifft, je nach der Verschiedenheit des Ausgangs wegen eines vollendeten oder versuchten Verbrechens rücksichtlich des Rechtsgutes anzuklagen, das er getödtet oder verwundet hat. Würde er beide fehlen, so wäre lediglich Mordversuch als vorhanden anzunehmen, indem der alternativen Natur des dolus entsprechend mit der Responsabilität der schwereren That die der leichteren gedeckt wird.[64] Würde er endlich beide treffen, so würde versuchter oder vollendeter Mord mit culposer Sachbeschädigung conkurriren. Die objektive Seite der That findet somit von unserem Standpunkte aus ihre volle Berücksichtigung. Sie ist, sofern nicht mit der Würdigung des Willensmomentes das Schuldmaass erschöpft ist, als conkurrirender Faktor bei der Strafzumessung in Anschlag zu bringen.[65]

---

[64] Köstlin: N. R. S. 262. Derselbe: System S. 197. Berner Theilnahme S. 109—111. Derselbe Imputationsl. S. 183.

[65] Die Argumentation von v. Buri — Ueber Causalität und deren Verantwortung S. 35. 36:

„*Es ist der Wille des Handelnden zur Zeit der Vornahme seiner Handlung auf jeden der mehreren Erfolge gerichtet, und es fällt ihm darum zu dieser Zeit auch nach jedem Erfolge hin ein Versuch zur Last. Einer kann jedoch nur strafbar sein, weil der Handelnde erwartet, dass von den beiden Erfolgen der Eintritt des einen — unbestimmt welcher es sein werde — durch den Verlauf der Causalität werde verhindert werden. Dieser eine zu bestrafende Versuch kann aber selbstverständlich nur der schwerere sein. Gelangt nun dieser schwerere Versuch demnächst nicht zur Vollendung, und tritt vielmehr der geringere Erfolg ein, so muss, insofern die Strafe der Vollendung schwerer ist, als diejenige für den Versuch, die Schuld des Handelnden nach dem wirklich eingetretenen Erfolg bemessen*

Ebensowenig wie die Bedingtheit widerstreitet der Affekt dem Wesen der Absicht. Gerade die Hast, mit der bei ihm der Wille seine verschiedenen Stadien durchläuft, legt Zeugniss für dessen erhöhte Energie ab. Die Entschliessung, in die Aussenwelt einzugreifen, ist überstürzt, das Bestreben, auf sie einzuwirken, concentrirt. Sofern sich daher der Affekt nicht bis zu dem Maasse steigert, in welchem die Zurechnungsfähigkeit überhaupt aufhört, ist die Qualifikation des Willens, welche der Absicht eigenthümlich ist, eher in vergrösserter als in verminderter Potenz vorhanden. Wenn auch sicherlich die Prämeditation auf einer höheren Schuldstufe steht,[66] und bei ihr die Beweisfrage meistentheils mit geringeren Schwierigkeiten verbunden sein wird als in den Fällen, in welchen die Uebereilung zur That hinreisst, so bedingt doch darum der impetus nicht den Wegfall des dolus. Der Affekt weist daher den verbrecherischen Versuch nicht zurück.[67]

Die Gründe, auf welche die abweichende Ansicht sich stützt, sind meines Erachtens nicht überzeugend. Mitter-

---

werden; denn er kann nicht behaupten, dass er denselben nicht gewollt habe."

ist wohl in allen ihren Theilen unhaltbar. Im ersten Satz wird alternatives und cumulatives Wollen verwechselt, und darum von einer Mehrheit von Erfolgen gesprochen. Im zweiten wird wieder die Konkurrenz aufgegeben, und der richtige Standpunkt nur dadurch verrückt, dass nicht sowohl der alternativen Natur des dolus Rechnung getragen, als vielmehr die Strafe, soweit sie ihm nicht entspricht, erlassen wird. Im dritten wird der Thäter ohne jede Begründung für den Versuch des schwereren Verbrechens verantwortlich gemacht. Im vierten wird wieder durch die härtere Strafe die geringere für absorbirt erklärt. Ueberhaupt leidet der ganze Abschnitt „eventuelles und alternatives Wollen" S. 33—31 an dem Mangel eines durchgreifenden Principes.

[66] Berner: Theilnahme S. 126. Derselbe: Imputationslehre S. 183. Hälschner: System Bd. I S. 142 u. a. m.

[67] Hälschner a. a. O. Bd. I S. 182. Schwarze: Commentar S. 115. Derselbe: in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 285. Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I § 30 S. 45—49. Oppenhoff: Commentar zu § 212 Note 6 u. a. m.

maier greift zu einer petitio principii und zu einem der Sachlage nicht entsprechenden Beispiel, wenn er behauptet:[68]

„*Die Handlung des Todtschlägers, welche den Tod nicht zur Folge hatte, kann keine Versuchshandlung sein, weil ja der im Affekt Handelnde keinen animus occidendi hat; zückt er das Messer nach dem Gegner und verwundet er ihn, so wird er nach den Gesetzen über Körperverletzung gestraft; tritt gar keine Verwundung ein, so mag die Handlung des Messerzückens als polizeilich strafbar nach Landesgesetzen erscheinen, aber man könnte sie ebenso gut als Versuch der Körperverletzung wie der Tödtung ansehen.*“

Eine petitio principii finde ich darin, dass er beim Todtschlag den animus occidendi verneint. Wenigstens ist wohl heut die Wissenschaft und Codifikation[69] darin einig, dass sich der Thatbestand des Todtschlages von dem des Mordes nur darin unterscheidet, dass dort die Qualifikation der Ueberlegung fehlt, welche hier vorhanden ist. Das Beispiel dagegen erachte ich für nicht geschickt gewählt, weil der Schluss, dass der, welcher mit einem Messer auf einen Anderen losgeht, eine Tödtung intendire, sich von selbst verbietet. Zutreffend weist überdies Zachariae darauf hin, dass der Gedanke, den Mittermaier hierbei ausspricht, auf den Satz hinauskommt:[70] „Wenn eine strafbare Handlung unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten aufgefasst werden kann, unter einem strafbaren und einem minder strafbaren, so darf man sie gar nicht strafen.“ Ich möchte dieser Argumentation noch hinzufügen, dass diejenigen, welche die Möglichkeit eines Versuches im Zustand des Affektes leug-

---

[68] Mittermaier: im N. Arch. des Crim.-R. Bd. X S. 542. cf. auch N. Arch. Bd. IV S. 18.

[69] Berner: Lehrbuch S. 459. Schütze: Lehrbuch § 81 S. 583. Meyer: Lehrbuch § 86 und 87 S. 372. 373. 375. v. Holtzendorff in seinem Handbuch Bd. III S. 433 u. a. m. Reichs-Straf-G. § 211. 212. — Preuss. Strf. § 175. 176. — Sachsen Art. 155. 156. — Hessen-Darmstadt Art. 252. 253. — Braunschweig § 145. 146. — Hannover Art. 227. 230. — Baden § 205. 209. — Thüringen Art. 119 und 123 u. s. w.

[70] Zachariae a. a. O. Bd. 1 S. 48.

nen, sich damit des Widerspruches schuldig machen, die Existenz der Absicht nach den Folgen der That zu bemessen. Tritt der Tod ein, so sollen wir dolus annehmen, bleibt er aus, so sollen wir ihn nicht annehmen. Wie aber ein äusserer Umstand, der der verbrecherischen Handlung nachfolgt, auf deren Charakter zurückwirken könnte, bleibt dabei unerfindlich. In dem Stadium der Ungewissheit, in welchem erst die Zukunft lehren muss, ob die Verwundung zu einem lethalen Ausgang führen wird oder nicht, wären wir in der Beurtheilung des Falles vollends rathlos.

Nur unter der Voraussetzung, dass der von Leidenschaft erregte Mensch sich gegen die Folgen seiner Handlungsweise indifferent verhielte,[71] würden wir den Mittermaier'schen Standpunkt als berechtigt anerkennen. Alsdann sollte man aber den impetus nicht als eine Schuldstufe des dolus ausgeben. Wer bei der Tödtung im Affekt ebenso von unbestimmter Absicht spricht wie bei der Körperverletzung mit tödtlichem Erfolg,[72] übersieht, dass er sich selbst untreu wird, wenn er dort die Vernichtung eines Menschenlebens als gewollt, hier als objektiven Erschwerungsgrund anrechnet. Vermeidet man aber die einheitlich zu ziehenden Consequenzen dadurch, dass man es hinterdrein hier beim dolus indeterminatus bewenden lässt, während man ihn dort zum dolus determinatus umwandelt,[73] so dürfte es correkter sein, von vornherein mit den richtigen Begriffen zu operiren, als ihnen erst nachträglich gerecht zu werden. Ueberdies ist die Annahme einer unbestimmten Absicht psychologisch nicht begründet. Der Umstand, dass der Affekt zu einer That antreibt, die im nächsten Augenblick bereut wird, vermag ebensowenig die positive Willensrichtung in Indifferenz umzugestalten, wie die Rückerstattung des entwendeten Gutes den Diebstahl in unerlaubte Selbsthilfe umformt.

Carrara, der ebenfalls einen Versuch beim impetus in

[71] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 49. Carrara a. a. O. § 43 S. 28. 29.
[72] Zachariae: in Goltdammers Arch. Bd. III S. 304. 305.
[73] Derselbe a. a. O. S. 301 sub c und d.

Abrede stellt[74], macht dabei die bedeutsame Concession, dass er wenigstens den Erfolg zum dolus zurechnet, welcher sich aus der Handlung, wenn kein Wunder dazwischentritt, mit Nothwendigkeit entwickeln muss. Demgemäss will er denjenigen wegen vorsätzlicher Tödtung bestraft wissen, der einen Menschen, von Leidenschaft entbrannt, von einem Thurme herabstürzt. Damit ist aber der Schwerpunkt in die Beweisfrage verlegt.[75] Nicht der Affekt schliesst demnach den dolus aus, vielmehr sollen wir in Rücksicht auf die Gemüthsverfassung des Thäters uns nur dann zur Annahme des dolus bequemen, wenn die Sachlage uns hierzu die ausreichende Unterstützung bietet — ein Grundsatz, dem wir zustimmen, ohne ihm darum einen Platz im materiellen Rechte zu vergönnen.

In der deutschen Litteratur hat denn auch die Ansicht, dass der Affekt der Annahme eines Versuches widerstehe, nur sporadisch Anklang gefunden. Selbst Köstlin, welcher den impetus als eine Schuldform bezeichnet, welche die Mitte zwischen dolus und culpa halte,[76] ist ihr entgegengetreten, indem er zwar zwei Arten der Absicht kennt, eine für das Bewusstsein entwickelte und eine für dasselbe unentwickelte, aber weder die eine noch die andere als durch den Affekt aufgehoben erachtet.[77]

---

§ 18.

Die objektive Seite des Versuches.

Die objektive Seite des Versuches wäre im Wesentlichen ausreichend durch das Prädikat der potentiellen Causalität gekennzeichnet, würde die aktuelle Causalität auf sicherer Basis ruhen. Meines Erachtens ist dies jedoch

---

[74] Carrara a. a. O. S. 26 fg.

[75] a. a. O. § 45 S. 29. 30.

[76] Köstlin: N. Revision § 111 S. 293 fg. Derselbe: System § 72 S. 187.

[77] N. Revision S. 351.

keineswegs der Fall. Mag es auch immer v. Buri,[1] v. Bar[2] und Binding[3] gelungen sein, die Theorieen ihrer Vorgänger — wenigstens in der Controverse über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung zu widerlegen; die, welche sie an deren Stelle gesetzt haben, scheinen mir gleichmässig an einer Ueberspannung des Begriffs zu leiden.

Am meisten tritt dieser Fehler in der Lehre zu Tage, welche v. Buri vertritt. Unter Causalzusammenhang sollen wir danach „den Process der Entstehung einer Erscheinung" zu verstehen haben[4] — eine Definition, deren Mangelhaftigkeit sich darin zeigt, dass sie das verbindende Element hervorhebt, ohne die Glieder, auf deren Ermittelung es uns ankommt, zu erwähnen. Reiben wir eine Stange Siegellack mit einem wollenen Körper, so bringen wir damit einen Process zur Entstehung, durch welchen wir elektrische Erscheinungen zu beobachten Gelegenheit haben, von einem Causalzusammenhang zu sprechen werden wir darum noch nicht befugt sein. v. Buri sieht sich denn auch in der That verhindert, aus seiner Definition Folgerungen abzuleiten, vielmehr identificirt er im Laufe seiner folgenden Erörterungen den Causalzusammenhang mit dem objektiven Weltzusammenhang.[5] Demgemäss ist in seinen Augen alles Geschehene causal. Der Kletterer, welcher die Spitze des Mastbaumes erreicht, wird von ihm ein causaler Kletterer,[6] der Professor, der sein Colleg zu Stande bringt, ein causaler Professor,[7] der Begünstiger, welcher eine durch Meineid erworbene Sache an sich bringt, ein causaler Begünstiger[8] genannt. Zu dieser Auffassung wird er durch die Erwägung inducirt, dass der Causalzusammenhang in einer Kette von

[1] v. Buri: Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. Gerichtssaal pro 1869 S. 187 fg.

[2] v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhang § 11 S. 90 fg.

[3] Binding: Die Normen und ihre Uebertretungen Bd. II S. 206 fg.

[4] v. Buri: Ueber Causalität und deren Verantwortung S. 1.

[5] a. a. O. S. 15 fg.

[6] S. oben S. 81.

[7] Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1878 S. 110.

[8] a. a. O. S. 149.

einzelnen Thatsachen bestehe, aus der kein Glied ausgeschieden werden könne, ohne dass nicht damit die Verbindung aufgehoben werden würde.[9] So richtig es auch ist, dass der Lauf der Begebenheiten eine andere Wendung genommen haben würde, wenn auch nur ein einziger unter den vielen Umständen, von deren Vorhandensein er abhängig gewesen ist, in Wegfall gekommen wäre, so ist doch der daran geknüpfte Schluss, wonach ihnen gleichmässig causale Kraft innewohnen soll, ein irrthümlicher. Wird Jemand in dem Augenblicke, in welchem er ein Schiff besteigt, um nach Amerika auszuwandern, durch ein Telegramm bewogen, nach seinem Heimathsorte zurückzukehren, und erleidet er in der Hafenstadt den Tod dadurch, dass ein von einem Dach sich loslösender Stein ihm auf den Kopf fällt, so wird man freilich zugeben müssen, dass ohne die telegraphische Depesche der Unglücksfall nicht eingetreten wäre, ohne darum die daraus gezogene Folgerung, dass in ihr eine Ursache für den eingetretenen Tod zu suchen sei, zu adoptiren.[10] Denn zwischen den Thatsachen, welche für eine Veränderung in der Sinnenwelt wesentlich und denen, welche für sie wirksam waren, liegt ein nicht zu verkennender Unterschied. Im objektiven Weltzusammenhang treten uns nämlich zwei Elemente entgegen, das eine ist nothwendig, um zu dem Punkte zu gelangen, mit welchem die Causalität beginnt, das andere ist nothwendig, um dem ausgestreuten Keim zur Entwickelung zu verhelfen. Jener Abschnitt ist für das Verhältniss, mit dem wir uns zu beschäftigen haben, ebenso bedeutungslos, wie dieser ausschliesslich relevant. Handelt es sich beispielsweise um einen Mord, so sind die Thatsachen, welche auf die Geburt des Verbrechers, sein Vorleben, auf die Mittel, in deren Besitz er sich gesetzt, auf die Maassnahmen, die er zur Verübung der That getroffen hat, Bezug haben, für die Causalitätslehre ohne Interesse. Er hätte ruhig das Licht der Welt erblicken, seine Jugend lasterhaft verleben, sich

[9] a. a. O. S. 1.

[10] cf. a. a. O. S. 18. 19.

mit Waffen versehen, und in die Wohnung seines Opfers dringen können — eine causale Kraft hat er damit noch nicht entfaltet. Wesentlich war zwar jedes Moment insofern, als es bei einem abweichenden Gang der Ereignisse nicht zu dem entscheidenden Schlag oder Stich gekommen wäre; die Bedingungen, auf denen das Leben beruht, waren damit aber noch nicht entfernt angetastet. Der Fehler des Ausgangspunktes, von dem aus v. Buri seine Theorie entwickelt, besteht somit darin, dass er alle Thatsachen, ohne welche eine Erscheinung nicht zur Entstehung gelangt wäre, für causal erachtet, anstatt zu untersuchen, welche von ihnen ausgeschieden werden können, ohne dass der Process, von dem er spricht, eine Alteration erleidet. Lässt sich der Tod auf eine Verwundung, nicht aber auf den Ankauf von Pulver und Blei zurückführen, so leuchtet ein, dass damit der Kreis der causalen Elemente abschliesst, und dass die ausserhalb liegenden Thatsachen der wirksamen Kraft entbehren, mögen sie auch für den objektiven Weltzusammenhang bedeutungsvoll erscheinen. Wäre es anders, so müssten nicht nur die Untersuchungen über die Causalität ab ovo Ledae beginnen, sondern wir kämen auch zu den nicht zu duldenden Folgerungen, auf die wir bereits in einem anderen Zusammenhange hingewiesen haben.[11] Mit sich selbst aber geräth v. Buri in Widerspruch, wenn er dem Versuch die causale Natur abspricht.[12] Ist alles, was geschehen ist, causal, so vermag ich nicht abzusehen, warum der Räuber, der einen Angefallenen zum Wahnsinn martert, aber kein Geld findet, sich causaler erwiesen haben soll als der, welcher sich mit Drohungen bescheidet und schon dadurch eine erkleckliche Summe herausschlägt. Anscheinend wird damit dem Gedanken Ausdruck gegeben, dass Causalität und Vollendung correlate Begriffe seien.[13] Alsdann wäre aber der objektive Weltzusammenhang in den verschiedenen Ländern verschieden. In Oesterreich wäre der Räuber, welcher

[11] S. oben S. 163.
[12] a. a. O. S. 152.
[13] S. oben S. 158.

seinen Zweck nicht erreicht,[14] ein causaler, in Deutschland[15] ein nicht causaler Missethäter.

Man müsste sogar noch weiter gehen und dieselbe Handlung gleichzeitig als causal und nicht causal bezeichnen. Der Meineidige, welcher nur einen Theil der Eidesnorm ausgeschworen hat, wäre zur einen Hälfte ein causaler, zur anderen Hälfte ein nicht causaler Verbrecher. Endlich müsste doch dem Versuch wenigstens insofern causale Natur zugeschrieben werden, als er ein anderweitiges vollendetes Delikt enthält. Die species hätte damit eine Eigenthümlichkeit, welche dem genus abgeht. Die Causalitätslehre von v. Buri stimmt mithin mit seiner Versuchslehre insofern nicht überein, als dort alles Geschehene für causal, hier alles Geschehene für nicht causal erklärt wird.

Wird aber der Begriff der Causalität so weit gefasst, dass er bis zum Ursprung aller Dinge reicht, so ist er für die Wissenschaft so unprakticabel, dass es auf dasselbe hinausläuft, ob er in ihr eine Stelle findet oder nicht. Deshalb bedarf es der Anwendung von Correktivmitteln, um die entbehrlichen Theile auf einem Umweg auszuscheiden. Die Erscheinung, die wir namentlich in der Darstellung der objektiven Theorie in der Versuchslehre zu beobachten Gelegenheit hatten,[16] tritt uns daher auch hier entgegen. Wie dort die Vorbereitungshandlungen für straflos erklärt werden mussten, um nicht mit dem eigenen Begriff in Conflikt zu gerathen, so sieht sich hier v. Buri genöthigt, die criminalrechtlich erheblichen Grenzen einzuengen, um seine Causalitätslehre aufrecht zu erhalten. Demgemäss lässt er die Verantwortlichkeit nicht dem objektiven Weltzusammenhang entsprechen, vielmehr lässt er die Schuld nur einen Theil der Thatsachen umfassen, welche seine Causalität in sich begreift.

Die Causalitätslehre von v. Buri verwandelt sich damit

---

[14] § 190 des Straf-G. vom 27. Mai 1852.

[15] § 249 R.-Straf-G.

[16] S. oben S. 203 fg.

in eine Doluslehre, deren Besprechung wir uns nunmehr zu unterziehen haben: der neue Gesichtspunkt erfordert eine neue Prüfung.

„*Man kann, so leitet v. Buri seine nunmehr folgenden Erörterungen ein, durch die Erwägung, dass die mitwirkende Ursache den ganzen Erfolg verursacht, zu der Annahme verleitet werden, dass es, um für den Erfolg haftbar zu werden, hinreiche, wenn nur der Erfolg und die eigene mitwirksam gewesene, zur Herbeiführung desselben unternommene Handlung gewollt gewesen sei, ein Gewollthaben der übrigen mitwirksam gewesenen Ursachen aber hierzu nicht erforderlich erscheine.*“[17]

Wäre aber die Prämisse richtig, die als unzweifelhaft hingestellt wird, so würden wir nur folgerecht vorgehen, wenn wir die Schlüsse ziehen, vor denen wir gewarnt werden. Ist die That ein causales Element im Erfolge, so bedingt dessen Untheilbarkeit die Haftung für seinen Eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob die anderweitig mitwirksam gewesenen Kräfte im Willen des Thäters ihren Ursprung nehmen oder nicht. Wer Brennstoffe in der Nähe einer Scheune anhäuft, um die Südseite in Flammen zu setzen, wird von seiner Verantwortlichkeit nicht dadurch frei, dass der Nordwind sie der entgegengesetzten Seite zutreibt. Bestrafen wir dagegen den Räuber, welcher einen Reisenden in seine Höhle schleppt nicht wegen Mordes, wenn ein herunterfallender Stein den Tod herbeiführt, bevor noch von den paraten Waffen Gebrauch gemacht ist, so beruht unsere Entscheidung auf der Negation des Causalzusammenhanges, den v. Buri als vorhanden annimmt.[18]

Aeussert somit die That eine Mitwirksamkeit für den Erfolg, so ist mit der subjektiven Verbindung zwischen beiden Verschuldung vorhanden, ist dies nicht der Fall, so kann auch der Wille der Objektivität nicht die Kraft verleihen,

---

[17] a. a. O. S. 13.

[18] v. Buri: Ueber Causalzusammenhang und dessen Zurechnung in Goltdammers Arch. Bd. XIV (1866) S. 608. 609.

die ihr die Natur versagt hat. Das Unternehmen, den Causalzusammenhang in Grenzen zu verweisen, die sich mit denen des Willenszusammenhanges nicht decken, dürfte daher von vornherein als ein recht gewagtes zu bezeichnen sein. Meiner Ansicht nach ist es auch v. Buri nicht gelungen, das Problem zu lösen. Im Gegentheil giebt er bereits in den folgenden Zeilen die Richtigkeit des erhobenen Einwandes indirekt zu:[19]

„*In der That, so deducirt er weiter, ist auch in Ansehung der Causalität ein besonderes Wollen der übrigen mitwirkenden Ursachen ganz einflusslos, man mag die volle Causalität jeder Einzelkraft — die Einheit und Untheilbarkeit des Erfolges — anerkennen, oder an der Theilbarkeit des Erfolges festhaltend, jeder Einzelkraft nur einen entsprechenden Theil des Erfolges zumessen. Denn im ersteren Fall liegt das Moment der Verursachung bereits voll und ganz in der eigenen mitwirkenden Thätigkeit, und im letzteren Fall kann selbstverständlich ein blosses Wollen der übrigen mitwirkenden Kräfte nicht den Zuwachs der übrigen, durch die eigene Thätigkeit nicht bereits verursachten Theile des Erfolges herbeiführen. Diese übrigen Theile des Erfolges können hier vielmehr nur bei stattgefundener Anstiftung auf die eigene Rechnung gesetzt werden, während man, wenn der Naturcausalismus zu der eigenen Thätigkeit hinzutritt, in der Beurtheilung rathlos ist.*“

Demgemäss erkennt er in der ersten Voraussetzung, von der er ausgeht, an, dass derjenige als Urheber des Erfolges anzusehen wäre, welcher eine mitwirksame Thätigkeit entwickelt. Damit ist aber seine volle Haftung für die Wirkung geboten. Die Willensbewegung hätte sie in ihrer Totalität hervorgerufen, und sie müsste daher die Objektivität als ihr Produkt anerkennen. Bei der zweiten Voraussetzung dagegen würde es an jeder Responsabilität fehlen. Die mangelnden Theile vermag der Wille nicht zu ergänzen.

[19] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 13. 14.

Das Stück des Causalzusammenhanges, das er ins Leben gerufen hat, würde den Erfolg nicht herbeigeführt haben, und das Stück, welches ihn zur Entstehung gebracht hat, würde nicht in ihm seinen Ursprung nehmen. v. Buri muss sich daher in Ermangelung eines beweisbaren thema probandum auf die Versicherung beschränken, dass zur strafrechtlichen Verantwortung nicht die Willensverbindung zwischen That und Erfolg genügt. Anstatt den Nachweis zu erbringen, dass die Grundsätze von der Zurechnung verletzt werden würden, wollte man denjenigen für ein Verbrechen verantwortlich machen, dessen Wille für den Erfolg mitwirksam, und damit vollwirksam geworden sei, fährt er fort:[20]

„*Aber in subjektiver Beziehung kann das Gewollthaben lediglich der eigenen mitwirksam gewesenen Handlung und des eingetretenen Erfolges nicht zur Zurechnung dieses Erfolges für genügend erklärt werden. — Es verleiht erst, wie oben schon erwähnt, die eigene Wirksamkeit allen übrigen, ihr vorausgegangenen oder nachfolgenden, fremden — regelmässigen wie unregelmässigen Kräften, welche im Verein mit ihr den Erfolg herbeiführen, die Causalität. Darum umfasst die eigene Wirksamkeit nicht blos dasjenige, was unmittelbar durch die Handlung hervorgebracht worden ist, sondern sie umfasst zugleich auch die Wirksamkeit der übrigen fremden Kräfte als eigene und erstreckt sich somit über das ganze Gebiet der Verursachung von der Handlung an bis zum Eintritt des Erfolges. Aber es kann zu einer strafrechtlichen Verantwortung nicht genügen, dass der Erfolg nur objektiv durch die eigene Wirksamkeit verursacht worden sei. Es muss vielmehr diese bis zum Erfolg reichende, über die fremden Kräfte sich erstreckende, eigene Wirksamkeit zugleich auch in ihrem vollen Umfang von dem eigenen verbrecherischen Willen durchdrungen sein, gerade so wie dies auch der Fall ist bei der unmittelbar zur Her-*

[20] a. a. O. S. 14. 15.

beiführung des Erfolges unternommenen Wirksamkeit. Es muss also, wenn der Erfolg zur Schuld soll zugerechnet werden können, nicht allein ein Causal- sondern auch ein Willenszusammenhang zwischen der eigenen Handlung und dem eingetretenen Erfolge bestehen. Hat sich ein Theil der bis zum Erfolg reichenden eigenen Wirksamkeit ohne Willen — nicht blos gegen den Willen — des Handelnden entwickelt, so tritt eine Unterbrechung — nicht des Causalzusammenhanges, der vielmehr ruhig bestehen bleibt — sondern nur des Willenszusammenhanges ein. Das von dem Willen des Handelnden nicht erfüllte Stück des Causalzusammenhanges muss, wenn es sich um dessen verantwortliche Zurechnung handelt, ausgeschieden werden, und es fällt darum, da die Existenz des Causalzusammenhanges und somit des Erfolges von jedem einzelnen Theile desselben bedingt ist, dem Handelnden nicht Vollendung, sondern nur Versuch zur Last.“

Damit wird aber das richtige Verhältniss in sein Gegentheil verkehrt. Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung besteht nicht in der Verschiedenheit der Willens- sondern in der der Thatseite. Nicht der Willenszusammenhang, sondern der Causalzusammenhang erleidet eine Alteration, wenn der Erfolg, welcher aus einer Handlung hervorgehen soll, ausbleibt. v. Buri geräth hierbei in den neuen Widerspruch, dass er weit über die Lehre der objektiven Theorie hinausgehend, dem Versuch die aktuelle Causalität zuschreibt, während er ihn im Uebrigen lediglich in die Sphäre der Subjektivität verweist. Weiter bleibt unaufgeklärt, wie ein lediglich in der Idee existirendes Band durch äussere Einwirkung eine Unterbrechung sollte erleiden können. Gleichviel, ob der Giftmischer seine Absicht verwirklicht, oder ob er entdeckt wird, bevor es zum Genuss der von ihm zubereiteten Speisen kommt; der Willenszusammenhang ist jeder Störung durch Vorgänge in der Objektivität entzogen. Der in der Causalitätslehre liegende Fehler wird mithin nicht von der Schuldlehre verbessert, sondern auf sie übertragen. Wie dort die Causalität in ein zu frühes Stadium

verlegt wird, so wird hier der dolus nicht in einer Handlung gefunden, in welcher ein mitwirksames Element für den Erfolg liegt, sondern auf einen Zeitpunkt vorgeschoben, in welchem er in Wahrheit noch nicht existirt. Demgemäss muss der Willenszusammenhang für zerrissen erklärt werden, während er in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist. Darauf hin wird die Entscheidung gefällt, dass derjenige, welcher einen Anderen in eine Höhle schleppt, um ihn zu tödten, wegen Mordversuches, nicht aber wegen vollendeten Mordes zu bestrafen sei, wenn ein Zufall das Werk vollendet, das er noch nicht begonnen hat. Anstatt zu erwägen, dass in der That eine Mitwirksamkeit für die Vernichtung des Lebens noch nicht enthalten sei, und dass deshalb die Willensrichtung, die wir mit dem Ausdruck „Absicht" belegen, darin noch nicht ausgedrückt sei, nimmt v. Buri zwischen ihr und dem eingetretenen Tode Causal- und Willenszusammenhang an, um jenen für fortbestehend, diesen für gelöst zu erklären. Dadurch verwickelt er sich aber in ein neues Dilemma. Soll es eine contradictio in adjecto sein, von einem unterbrochenen Causalzusammenhang zu sprechen,[21a] so muss dasselbe auch von einem unterbrochenen Willenszusammenhange gelten. Wird dort die Ursächlichkeit in objektiver Beziehung geleugnet, so wird sie auch hier in subjektiver Beziehung zu negiren sein. Damit wäre aber anerkannt, dass wir, wollten wir in unserem Beispiel die Versuchsstrafe zur Anwendung bringen, über einen dolus zu Gericht sitzen würden, den wir zu Unrecht dem Thäter imputiren. Würde dagegen der der Tödtung vorangehende Akt ein causales Element involviren, und der dolus sich darin verkörpern, so würden wir wieder einen Gnadenakt ausüben, wollten wir den nicht wegen Mordes verantwortlich machen, dessen dolus den Causalzusammenhang ins Leben gerufen hat, mit dessen Existenz der Thatbestand zur Consummation gelangt. v. Buri hat daher nur die Wahl: entweder den Willenszusammenhang soweit auszudehnen,

---

[21a] a. a. O. S. 1.

als sein Causalitätsbegriff reicht — und damit wäre seine Doluslehre unvereinbar, oder den Causalzusammenhang soweit einzuschränken, als dies der Willenszusammenhang erfordert — und damit wäre seine Causalitätslehre erschüttert. Endlich ist aber auch nicht abzusehen, weshalb und in welcher Weise der verbrecherische Wille die bis zum Erfolg reichenden Kräfte „durchdrungen" haben sollte. Hat derjenige, der ein mitwirksames Element entfesselt, sich damit vollwirksam erwiesen, so ist damit seine Absicht in die Objektivität übergegangen, und es wäre unerfindlich, inwiefern uns die Zurechnung im Wege stehen sollte, die That und den Willen für identisch zu befinden. Erklären wir denjenigen für einen Mörder, welcher eine Wunde schlägt, die in Folge einer dadurch nothwendig gewordenen Amputation und der daran sich anschliessenden Zufälligkeiten einen lethalen Ausgang nimmt, so sind wir hierzu nicht aus dem Grunde berechtigt, weil der verbrecherische Wille „die fremden Kräfte durchdrungen", sondern weil die von ihm entwickelte Kraft die Mitwirksamkeit geäussert hat, welche bei der Untheilbarkeit des Erfolges ausreicht, ihm die Totalität der Veränderung zur Last zu legen. Wollten wir uns nicht dabei bescheiden, so müssten wir dem menschlichen Willen die Macht zuschreiben, ein Gebiet zu beherrschen, das die Natur seiner Einwirkung entzogen hat. Wir müssten mit v. Buri annehmen, dass der Verbrecher mit seinem Willen ein Wundfieber, einen Regenschauer, eine Nachblutung und die unzähligen unberechenbaren Umstände, welche häufig genug über die Wendung einer Krankheit zum Schlimmeren entscheiden, zu durchdringen im Stande sei. Zählen wir aber, ihm in seinen Intentionen folgend, zu den fremden Kräften mit Vernunft begabte Wesen,[21b] so kommen wir nur noch zu unhaltbareren Resultaten. Von dem subjektiven Zusammenhang, den er lehrt, wäre vielfach nicht die Rede, während Theorie und Praxis nicht an der vollen Verschuldung zweifeln. Wir werden

---

[21b] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 101 fg.

kein Bedenken tragen, Haftung für eine Tödtung anzunehmen, auch wenn wir erfahren, dass der Arzt in der kleinen Stadt nicht die Fülle der Kunstmittel angewendet hat, welche die neuere Therapie dem Chirurgen von Fach an die Hand giebt. Wir müssten uns daher nach v. Buri entweder dafür entscheiden, den Verbrecher für seine That im geringeren Umfang verantwortlich zu machen, oder den Willen des Arztes, obwohl er dem zerstörenden Werk die erhaltenden Mittel, über die er verfügt, entgegenstellt, als von den verbrecherischen Intentionen durchdrungen zu erklären. Die Sache wird meiner Ansicht nach nicht dadurch gebessert, dass wir belehrt werden, dass sich derjenige, welcher einen Zurechnungsfähigen anstiftet, sich von dem, welcher einen Hund auf einen Menschen hetzt, nicht unterscheide.[22] Wir haben uns indess hier nur mit der Causalitätslehre zu beschäftigen, der verletzten Menschenwürde gedenken wir in einem anderen Zusammenhang zu ihrem Rechte zu verhelfen.

In der That löst sich denn auch bald genug der dolus in die Reflexion auf. v. Buri fährt nämlich fort:[23]

> „*Einen Erfolg wollen kann man nur, wenn man sich bewusst ist, dass man denselben auch mit einiger Wahrscheinlichkeit durch seine Thätigkeit erreichen werde. Hatte man dieses Bewusstsein bei Vornahme seiner Handlung nicht, so war auch der Erfolg, auf welchen man sein Augenmerk gerichtet hatte, nicht gewollt, sondern nur gewünscht. Es kann darum ein solcher Erfolg nicht zugerechnet werden, wenn er auch durch Hinzutritt eines Zufalls objektiv durch die eigene Thätigkeit verursacht worden sein sollte. Das würde der Fall sein, wenn Jemand einen Anderen veranlasst hat, mit der Eisenbahn zu fahren, in der Hoffnung, dass derselbe mit dem Zuge verunglücken werde.*“

Danach soll also nicht das Bewusstsein von der Unmöglichkeit des Erfolges die Ernstlichkeit des Willens aufheben,

---

[22] a. a. O. S. 113.
[23] a. a. O. S. 15.

sondern schon das Bewusstsein von der entfernten Unwahrscheinlichkeit dazu ausreichen. Nach meinem Dafürhalten würde die Gerechtigkeit sich schwere Fesseln anlegen, wollte sie den darin ausgesprochenen Gedanken zur Maxime für die Praxis erheben. Wer sich nicht verhehlt, dass er ein so ungewandter Schütze ist, dass er unter zehn Malen neunmal fehlt, hält einen Treffschuss sicher für recht unwahrscheinlich. Wenn er trotzdem zu seiner eigenen Ueberraschung in der Aufregung das Ziel träfe, das er bei kaltem Blute zu fehlen gewohnt ist, so hätte sich damit seine verbrecherische Absicht in einen lasterhaften Wunsch verwandelt. Wie hier zu Unrecht der Wille als Wunsch ausgegeben wird, so wird umgekehrt in der Abhandlung, auf welche v. Buri in seiner Causalitätslehre Bezug nimmt, der Wunsch zum Willen gestempelt.

> „*Wer, so sagt er darin wörtlich, mit einer verbrecherischen Unternehmung beginnt, der* w ü n s c h t *natürlich so wenig wie möglich Hindernissen zu begegnen, und jede Förderung seines Vorhabens durch die vorliegenden Verhältnisse ist ihm willkommen. Wäre es anders, so würde von dem Vorhandensein eines verbrecherischen Willens gar nicht geredet werden können. Alle fremden Natur- oder menschlichen Kräfte, welche während der Ausführung des verbrecherischen Unternehmens fördernd hinzutreten. waren demnach dem* W i l l e n *angemessen und müssen darum auch von demselben verantwortet werden.*“[24]

Wenn in dem Beispiel, das zur Unterstützung der von uns bekämpften Ansicht angeführt wird, allerdings nur von einem Wunsch gesprochen werden kann, so liegt dies nicht daran, dass der Thäter ein Bahnunglück für „einigermassen unwahrscheinlich“ erachtet, sondern daran, dass er die causale Kraft, über die der Wille verfügt, nicht zur Anwendung gebracht hat. Das gesprochene Wort vermag nicht die Bedingungen zu vernichten, auf deren Existenz das Leben beruht. Eben deshalb würden wir auch denjenigen

---

[24] a. a. O. Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 718. 719.

Buri

nicht eines Mordes für schuldig befinden, der einen Anderen überredet hat, sich dem Zuge anzuvertrauen, der von der Dundee-Brücke aus in die Fluth des Meeresarmes gestürzt ist, auch wenn er zu der Zahl derer gehört hätte, welcher durch die Construktion des Bauwerks und durch die Heftigkeit des Orkanes veranlasst, das beklagenswerthe Ereigniss im Voraus kommen sahen. v. Buri begnügt sich indess nicht damit, die Veranwortlichkeit für eine Strafthat in der geschehenen Weise zu restringiren, sondern er glaubt ihr noch obendrein von einer zweiten Seite aus Schranken ziehen zu müssen, indem er die Zurechnung zum dolus für ungerechtfertigt erachtet, wenn der Causalverlauf nicht Glied an Glied der Vorstellung des Thäters entspricht.

„*Das Bewusstsein — so deducirt er wörtlich weiter — den gewollten Erfolg mit einiger Wahrscheinlichkeit durch seine Handlung herbeiführen zu können — das Bewusstsein von der Tauglichkeit der Handlung — erhält man aber nur dann, wenn man sich eine Vorstellung darüber gemacht hat, in welcher Weise denn der Verlauf der eigenen Handlung, ihre Verbindung mit anderen mitwirkenden Kräften sich demnächst gestalten werde. Es muss sich mithin der demnächstige Causalverlauf als einigermassen wahrscheinlich vorher in dem Bewusstsein des Handelnden reflektirt haben. Tritt dann der Causalzusammenhang und somit der Erfolg entsprechend der Vorstellung, welche sich der Handelnde von demselben gemacht hatte, ein, so hat weder nach der Willens- noch nach der Thatseite eine Unterbrechung stattgefunden, und es ist darum Haftbarkeit für den vollendeten Erfolg begründet.*“[25]

Dass aber das Bewusstsein, den beabsichtigten Erfolg mit einiger Wahrscheinlichkeit herbeiführen zu können, die Reflexion über die Modalitäten, unter denen er sich vollziehen werde, bedinge, wird zwar behauptet, aber nicht bewiesen. Wie v. Buri in der Versuchslehre zu weit geht,

---

[25] S. 15 i. f. u. S. 16.

wenn er annimmt, dass wir uns zu Unrecht ein Urtheil über die Möglichkeit der Bildung des Causalnexus zutrauen,[26] so verfällt er in der Causalitätslehre in das entgegengesetzte Extrem, wenn er eine Prognose über den Detailverlauf als Erforderniss des dolus hinstellt. So bestimmt wir auch wissen, dass ein Schuss eine Tödtung zur Folge haben kann, so wenig sind wir im Stande die Verkettung der Thatsachen, welche von einem Ereigniss zum anderen führen, im Voraus zu berechnen. Wir werden daher nicht gewillt sein, dem Verbrecher eine grössere Kenntniss der Kräfte der Natur, die er entfesselt, zuzuschreiben, als den Männern von Fach, denen Erfahrung und Wissenschaft zur Seite stehen. Welcher Untersuchungsrichter möchte wohl auch den Inquisiten fragen, ob er sich ein Bild über die Gefährlichkeit des Transportes eines Lungenkranken auf Landwegen, über die Bakterienbildung, oder über die Abweichung von dem vorgeschriebenen diätetischen Verhalten gemacht habe? Wollte er aber auch dies thun, so würden wir in einer grossen Anzahl von Fällen, in denen heut die Verurtheilung kein Bedenken erregt, die Congruenz zwischen Willens- und Thatmoment um so mehr verneinen müssen, als wir wohl regelmässig auf Treu und Glauben annehmen dürfen, dass der Verbrecher von all diesen Dingen keine Ahnung hat. v. Buri fühlt selbst die unerträglichen Consequenzen, zu denen der von ihm ausgesprochene Satz hintreibt, heraus und er sucht deshalb ihnen dadurch zu begegnen, dass er den Thäter auch für den Theil des Causalzusammenhanges verantwortlich macht, der sich in seiner Reflexion nicht wiedergespiegelt hat. Allein die Correktivmittel, deren er sich zu diesem Zweck bedient, sind eher geeignet, das Uebel zu verschlimmern, als es zu heilen. Er fährt nämlich wie folgt fort:[27]

„*Zugleich weiss aber auch derjenige, welcher eine Handlung mit dem Bewusstsein ihrer wahrscheinlichen*

---

[26] Gerichtssaal pro 1867 S. 76. 77.

[27] a. a. O. S. 16.

Ursächlichkeit vornimmt, dass der Causalverlauf sich möglicher Weise auch anders zu diesem Ziele gestalten könne, als er sich denselben vorstellt, und dass, wenn er nur die vorliegenden Verhältnisse in ihrem ganzen Umfang prüfen wolle, er sich diesen anderweitigen Causalverlauf als mit einiger Wahrscheinlichkeit bevorstehend möglicher Weise zum Bewusstsein bringen könne. Wird mit diesem — immanenten — Bewusstsein eine solche nähere Prüfung unterlassen, und kommt dann der gewollte Erfolg durch die eigene Thätigkeit in Verbindung mit fremden, nicht besonders vorhergesehenen, aber dem Handelnden voraussehbar gewesenen Kräften zur Existenz, so hat der Handelnde durch seine Thätigkeit den Erfolg nicht allein objektiv in seinem ganzen Umfang herbeigeführt, sondern es fällt ihm auch zugleich in Ansehung des Theiles seiner von der Handlung bis zum Erfolg sich erstreckender Wirksamkeit, welcher — nicht zum Voraus ausdrücklich von seinem Willen umfasst war, eine Verschuldung des Willens — jedenfalls eine culpa zur Last. Darum hätte er wenigstens in Conkurrenz mit Versuch der Vollendung für culpose Vollendung einzustehen."

Abgesehen davon, dass hierbei der häufigste Fall, nämlich der, dass der Verbrecher über die Art, wie der von ihm der Aussenwelt gegebene Anstoss sich fortentwickeln werde, überhaupt nicht reflektirt, unbesprochen bleibt, abgesehen weiter davon, dass die Fahrlässigkeit als das Bewusstsein des Nichtbewusstseins, oder, wie es an einer anderen Stelle heisst, „als das Wollen des Nichtwollens"[28] aufgefasst wird, abgesehen endlich davon, dass die Annahme von der Kenntniss der anderweitigen Gestaltung des Causalverlaufes wiederum auf einer petitio principii beruht,[29] kommt v. Buri hierbei abermals mit sich in einen doppelten

[28] a. a. O. S. 28.

[29] Wie v. Buri übrigens die im Text mitgetheilten Sätze mit seiner Ansicht, dass der Causalzusammenhang bei allen Delikten eine criminalrechtlich erhebliche Rolle spiele — vertheidigt er doch selbst beim Meineid die Möglichkeit des Weber'schen dolus generalis (Goltdammers Arch. Bd. VII S. 7) — vereinbaren will, lasse ich dahingestellt.

Widerspruch. Gegen seine Versuchslehre verstösst er insofern, als er darin beständig versichert, dass der Versuch des objektiven Thatbestandes entbehre, während er ihm hier abermals den Thatbestand der Vollendung beilegt. Denn wenn wir auch nach ihm verhindert wären, die Theile des Causalzusammenhanges, welche nicht vorhergesehen waren, zum dolus anzurechnen, so würde doch dadurch die Thatsache nicht alterirt werden, dass die Merkmale des Verbrechensbegriffes in ihrer Totalität vorliegen. Selbst wenn wir gewillt wären, denjenigen nur wegen Versuchs zu bestrafen, welcher nicht zum Mörder geworden wäre, hätte nicht eine nicht voraussehbare psychische Aufregung des Verwundeten den Heilungsprocess in sein Gegentheil verkehrt — die Lücke in der Vorstellung vermag an dem objektiven Thatbestand der Tödtung nichts hinwegzunehmen. Gegen seine Causalitätslehre verstösst v. Buri insofern, als er sich mit Consequenzen befreundet, welche nur unter der von ihm bekämpften Voraussetzung der Theilbarkeit des Erfolges geduldet werden könnten. Soll das Stück des Causalzusammenhanges, welches vorausgesehen worden ist, zum dolus, und das, welches hätte vorausgesehen werden können, zur culpa angerechnet werden, so müssten wir denjenigen wegen halb doloser, halb culposer Tödtung verurtheilen, welcher auf einen Menschen einen Schuss abfeuert, aber nicht ausschliesslich in Folge der Verletzung eines Organes, sondern unter Hinzutritt von voraussehbaren Naturereignissen, welche eine nicht tödtliche Wunde zu einer lethalen zu gestalten vermögen, seine Absicht verwirklicht. Während somit v. Buri hier Sätze vertheidigt, welche der von ihm als haltlos bezeichneten Lehre angehören, macht er einem Rechtslehrer wie Geyer Unklarheit, und den deutschen Partikularrechten Principlosigkeit zum Vorwurf, weil von ihnen die Grundsätze über die Untheilbarkeit des Erfolges nicht genügend erfasst seien,[30] ohne zu erwägen, dass wohl von keiner Seite Leben und Tod für messbare

[30] in Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 614. 615 — und resp. ibid. Bd. XI S. 763.

Grössen gehalten werden. Damit verfällt er zugleich in den Fehler, dass er allen Principien über die Zurechnung zuwider den einheitlichen Erfolg auf die doppelte Schuldart zurückführt, obwohl er an einer anderen Stelle erklärt:[31]

„*Sicher ist es nicht denkbar, das Nämliche zugleich mit vorsätzlichem und zugleich mit fahrlässigem Willen zu wollen.*"

Demgemäss wird man der Ansicht, die v. Buri früher vertheidigt hat, den Vorzug vor der einräumen müssen, zu der er sich später bekennt. In seiner Abhandlung „Zur Lehre von der Tödtung"[32] hebt er nämlich selbst die Unzuträglichkeiten hervor, die entstehen würden, wollte man die Voraussicht der mitwirksamen Umstände zu einem Erforderniss des dolus erheben,[33] und er irrt darin nur insofern, als er von einem unrichtigen Begriff der Causalität ausgeht. In dem ihr folgenden Aufsatz „Ueber Causalzusammenhang und dessen Zurechnung"[34] giebt er aber, durch eine Replik Geyers veranlasst, der sich gegen die Identificirung des objektiven Weltzusammenhanges mit dem Causalzusammenhang gewendet hatte,[35] den unseres Erachtens richtigen Standpunkt auf, indem er den Fehler seiner Causalitätslehre dadurch zu corrigiren sucht, dass er ihm den besprochenen Fehler seiner Doluslehre hinzufügt.[36]

---

[31] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 44 i. f. u. S. 45.

[32] in Goltdammers Arch. Bd. XI S. 753 fg.

[33] a. a. O. S. 758. 755. 757, womit freilich wieder S. 763 u. S. 764 nicht übereinstimmen.

[34] in Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 608 fg.

[35] Geyer: Zur Lehre vom dolus generalis und vom Causalzusammenhang in Goltdammers Arch. Bd. XIII S. 239 fg.

[36] Hier werden von ihm folgende drei Abtheilungen und vier Unterabtheilungen aufgestellt S. 716 fg.

1. die fremden Kräfte waren zur Zeit „der eigenen Thätigkeitsäusserung" bereits vorhanden; die eigenen Kräfte treten hinzu,
2. die fremden Kräfte greifen in die Ausführung der eigenen verbrecherischen Thätigkeit und während derselben ein,
3. die fremden Kräfte treten hinzu, nachdem die eigene Thätigkeit ihren Abschluss gefunden:
   a) der Abbruch der eigenen Thätigkeit geschah mit dem Willen, dass nunmehr ohne eigenes ferneres Zuthun der beabsichtigte Erfolg eintreten solle (vollendeter Versuch der subjektiven Theorie);

Indem er an ihm in der Brochüre, welche uns gegenwärtig beschäftigt, festhält, sieht er sich nunmehr genöthigt, gegen die Heilmittel abermals Heilmittel anzuwenden. Das Voraussehen wird hinterdrein für gleichgiltig erklärt und eine Fiktion aufgestellt, welche nachträglich dem dolus wiedergiebt, was ihm vorher entzogen war. Der Umschwung vollzieht sich bereits im folgenden Passus mit wenigen Sätzen, die dahin lauten:[37]

„*Man wird aber wohl behaupten können, dass dasjenige, was man sofort wissen kann, wenn man will, bereits im Bereich des Wissens liegt, wenn auch gegenwärtig nicht besonders daran gedacht wird. Wenn ich morgen mit der Eisenbahn auf längere Zeit zu verreisen beabsichtige, so weiss ich schon jetzt — und will — dass ich mir zu diesem Behufe ein Billet kaufen und mich mit Wäsche und Kleidungsstücken versehen muss, sollte ich mir auch gegenwärtig noch keine besondere Vorstellung hiervon machen. Ob man nicht Kenntniss von einer Sache, die man überhaupt wissen kann, besitze, lässt sich erst behaupten, wenn man über die Sache nachgedacht hat. Ist dies noch nicht in ausreichendem Maasse geschehen, so hat derjenige, welcher sich einen Verlauf der Causalität zu dem gewollten Erfolge als mit einiger Wahrscheinlichkeit bevorstehend vorgestellt hat, nicht allein das Bewusstsein der Möglichkeit eines anderweitigen Causalverlaufes, sondern er ist sich zugleich auch bewusst, dass er von*

---

b) oder mit dem Willen, dass der beabsichtigt gewesene Erfolg nicht eintreten solle;

c) oder in der Ueberzeugung, dass das verbrecherische Unternehmen verfehlt:

d) oder endlich in der Ueberzeugung, dass der beabsichtige Erfolg bereits eingetreten sei;

und untersucht, ob die Mitwirksamkeiten gegen den Willen des Thäters eingetreten sind. In der Causalitätslehre wird indess diese Ansicht widerrufen; danach wird die Haftung für ausgeschlossen erklärt, wenn die fremden Kräfte auch nur ohne Willen des Thäters sich causal gezeigt haben cf. a. a. O. S. 15.

[37] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 17.

diesem anderweiten Causalverlauf möglicher Weise bereits Kenntniss besitze, die er sich sofort, wenn er nur wolle, zum ausdrücklichen Bewusstsein bringen könne. Unterlässt nun dies der Handelnde, weil er kein besonderes Interesse daran hat, so liegt hierin der Wille ausgesprochen, dass sich der Causalzusammenhang eventuell dieser Kenntniss gemäss zu dem beabsichtigten Erfolg vollziehen möge, und er haftet darum für diesen anderweiten Causalverlauf als seinem Wissen und Wollen entsprechend."

Daraus, dass die Spannkraft des Geistes nicht constanter Natur ist, wird gefolgert, dass die zur Zeit der That fehlende Vorstellung dennoch im kritischen Augenblick existirt. Aus dem Umstande, dass mit dem Zweck auch die ihn bedingenden Mittel gewollt erscheinen, wird abgeleitet, dass man weiss, was man auch nicht weiss. Weil die Fahrlässigkeit, sie mag in der Indolenz oder im Leichtsinn wurzeln, in einer Charakterschuld besteht,[38] wird der Dolus zu einer Verstandesschuld erklärt. Weil die Gleichgiltigkeit sich weder ablehnend noch zustimmend verhält, wird sie als eine im Voraus ertheilte Ratihabition ausgelegt.[39] Der dolus, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, wird durch eine praesumtio juris et de jure ersetzt. Hat der Thäter den Causalverlauf richtig berechnet, so ist er wegen seiner Voraussicht, hat er dies nicht gethan, wegen seiner Unterlassung dolos; er mag nunmehr handeln, wie es ihm beliebt, die Handhabe, ihn auf alle Fälle verantwortlich zu machen, ist endlich gewonnen. Wir brauchen hier nicht an Beispielen zu illustriren, wohin uns die aufgestellte Interpretationsregel. die der Civilist wohl in dem unbedeutensten Rechtsstreit

[38] Selbst wenn man daher bei der Fahrlässigkeit den Erfolg nicht als gewollt erachtet, käme man mithin noch nicht in die Nothwendigkeit, in der Culpa einen Fehler des Intellekts zu sehen. Dies gegenüber der von Binding a. a. O. Bd. II S. 104 fg. vertretenen Ansicht.

[39] Aehnlich wird S. 32 erklärt, dass Gleichgiltigkeit im Strafrecht keinen Platz habe, anstatt: Soweit Gleichgiltigkeit in den Lebensverhältnissen nicht am Platze ist, muss sie im Strafrecht ihren Platz finden.

anzuwenden Bedenken tragen würde, im Criminalrecht führen würde. v. Buri geht aber auch noch über sie hinaus. Derjenige, welcher einen Menschen erschlagen zu haben glaubt, soll damit stillschweigend billigen, dass die Tödtung durch einen Anderen bewerkstelligt werde. Deshalb erachtet er denjenigen, welcher den Körper für entseelt hält, für des Mordes schuldig, wenn ein Dritter den vermeintlichen Leichnam der Erde übergiebt und erst durch die Entziehung der atmosphärischen Luft den Tod herbeiführt. Denn der Causalzusammenhang, so fügt er zur Begründung hinzu, sei hier so fest, wie er fester kaum gedacht werden könne, und an dem dolus sei aus dem Grunde nicht zu zweifeln, weil der, welcher in den Naturcausalismus eingreife, auf eine seiner Vorstellung nicht vollständig entsprechende Entwickelung gefasst sein müsse. Zur Bestärkung schliesst er daran die rhetorische Frage:

„*Und würde nicht A wirklich in dem Augenblick, als er den vermeintlich tödtlichen Streich gegen B führte, seine vollste Zustimmung zum Voraus dazu gegeben haben, dass ein Anderer, wenn B dem Streich nicht erliegen sollte, den Tod desselben durch Verscharren des vermeintlichen Leichnams herbeiführe?*“[40]

Aber hierbei behält es auch noch nicht sein Bewenden. Wie vorher der dolus ein zu enges Gebiet beherrscht hatte, so nimmt er nunmehr ein zu weites ein. Wie früher deshalb der Kreis vergrössert werden musste, so muss er jetzt wieder verkleinert werden. Was soeben noch als dolus ausgegeben war, wird hinterdrein in das Bereich des casus verwiesen.

„*Tritt aber in die Kette des Causalzusammenhanges — so wird nunmehr weiter deducirt — ein Ereigniss ein, welches der Handelnde auch bei einer näheren Prüfung der Verhältnisse nicht als mit einiger Wahrscheinlichkeit bevorstehend vorausgesehen haben würde, so kann nicht behauptet werden, dass sich der anderweitige Causalverlauf mit dem*

---

[40] in Goltdammers Archiv Bd. XI S. 754. 755.

Wissen und Wollen des Handelnden vollzogen habe. Denn wenn man auch sagen kann, man wolle eventuell auch die etwa weiter noch in der eigenen Handlung gelegenen, noch nicht zum ausdrücklichen Bewusstsein gebrachten Keime zur Entwickelung des Erfolges, so hat doch dieses Wollen seine natürlichen Grenzen in dem Bewusstsein, man könne das nicht wollen, was man nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit als bevorstehend vorauszusehen vermöge. Es muss darum der Handelnde seinen Willen auf diejenige anderweitige Entwickelung des Causalverlaufes beschränken, welche er, wenn er gewollt hätte, vorausgesehen haben würde.“[41]

Wir sind am Schluss. Der Cirkel ist vollendet. Die mitwirksamen Kräfte, die sich der individuellen Voraussicht entziehen, werden abermals mit den blind waltenden Naturereignissen, welche die Zurechnung zum dolus ausschliessen, auf gleiche Linie gestellt. Das ist die Basis, auf der die v. Buri'sche Causalitätslehre ruht. Ob sie geeignet ist, uns als Leitstern in den complicirteren Verhältnissen zu dienen,[42] einzelne Partieen unseres Strafgesetzbuches als nicht gelungen nachzuweisen,[43] die herrschende Ansicht über Mitthäterschaft und Theilnahme zu erschüttern,[44] einer Revisionsschrift über die Grundsätze der Conkurrenz der Verbrechen einen Stützpunkt zu gewähren,[45] wollen wir dahingestellt sein lassen. Dagegen erachten wir es für unsere Pflicht, den Grundfehler, an dem das ganze System leidet, aufzudecken. Er wurzelt, wie bereits hervorgehoben, in der schon im Jahre 1865 von Geyer als irrig bekämpften Ansicht, dass jede Thatsache, welche ohne die anderen nicht hätte

[41] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 18.

[42] a. a. O. sub IV S. 66 fg. (Zusammentreffen der causalen Thätigkeit mehrerer Personen) S. 76 fg. (dolus generalis) etc.

[43] a. a. O. S. 42 fg. S. 136 fg.

[44] a. a. O. S. 101 fg.

[45] Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1879 (Bd. XXXI) „Einheit und Mehrheit der Verbrechen“.

eintreten können, causaler Natur sei.[46] Weil der Mangel eines Bahnbillets die Ausweisung aus dem Coupé, der Mangel an Equipirung die Unterlassung der Reise zur Folge gehabt hätte, wird der eine wie andere Umstand als mitwirksame Ursache ausgegeben, während der Passagier, der durch eine Collusion mit dem Schaffner die Fahrt mitmacht, der arme Handwerksbursche, dem die besorgte Hausfrau nicht das Bündel schnürt, uns den lebendigen Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der Voraussetzung, welche die v. Buri'sche Causalitätslehre durchzieht, in kaum widerlegbarer Weise vor die Augen führen. Schon die Consequenzen, welche der von uns angefochtene Standpunkt uns zumuthet, spricht laut genug gegen die Prämisse, aus der sie entspringen. Gäbe Jemand einem Anderen ein unschädliches Medikament ein, und würde er, in dem Wahne befangen, sich einer giftigen Substanz bedient zu haben, aus Reue ein Gegenmittel anwenden, das seiner Absicht zuwider den Erfolg, den er gerade vermeiden wollte, herbeiführte, so müssten wir der Handlung, die ihrer Natur nach der Gesundheit keine Störung zu bereiten vermochte, Mitwirksamkeit für den Tod zuschreiben, weil ohne sie es weder zu der Sinnesänderung noch zur Darreichung der schädlichen Materie gekommen wäre. In der That hat auch v. Buri kein Bedenken getragen, sich für die Annahme eines Mordes auszusprechen.[47] Von Geyer jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass es nicht angänglich sei, der Absicht der Rettung die der Tödtung unterzulegen und anstatt dem Arsenik dem Zucker die Kraft, auf den Organismus nachtheilig einzuwirken, beizumessen,[48] gab er zu, dass sein Beispiel nicht glücklich gewählt sei, „weil sich vielleicht darüber streiten lasse, ob in der vorausgegangenen Thätigkeit — aus welcher der Irrthum vergiftet zu haben entstand — eine Mitwirksamkeit für den Erfolg enthalten sei."[49] Ist

[46] Geyer a. a. O. S. 243—246.
[47] in Goltdammers Arch. Bd. XII S. 6 Nr. 2.
[48] Geyer a. a. O. Bd. XIII S. 246.
[49] in Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 724.

aber der Zweifel der Anfang des Wissens, so stand v. Buri damals im Begriff, mit seiner Grundanschauung, dass nicht jeder Umstand, welcher für einen anderen eine conditio sine qua non ist, ein causales Element enthalte, zu brechen. Alsdann hätte er nicht nur nicht im Jahre 1873 Ansichten entwickelt, deren Haltbarkeit er bereits im Jahre 1866 mit Skepsis betrachtet hat, sondern er würde es sich auch versagt haben, in die Litteratur den Unterschied zwischen messbaren und unmessbaren Mitwirksamkeiten einzuführen.[50]

Aus dem Fundamentalirrthum über die Causalität erklären sich zugleich die Grundsätze, die er über den dolus entwickelt. Das Voraussehen will er, wenn ich ihn anders recht verstehe, als gleichgiltig erachtet wissen, sofern die That ein causales Element enthält, während er Straffreiheit vertheidigt, sofern die entgegengesetzte Voraussetzung zutrifft. Darum soll derjenige, welcher einen Anderen verwundet, für vollendete Tödtung verhaftet sein, wenn er seine Absicht, sei es unter dem Hinzutritt einer ungeschickten ärztlichen Behandlung oder ungünstiger sanitärer Verhältnisse des Spitals verwirklicht.[51] Der beschränkende Beisatz, wonach die Entscheidung nur unter der Voraussetzung gelten soll, dass der eine oder andere Umstand von dem Thäter in Berechnung gezogen ist, dürfte um so mehr bedeutungslos sein, als v. Buri im Widerspruch damit die Strafe wegen Mordes über den verhängt, welcher durch mechanische Einwirkung einen Menschen tödtet, während

---

[50] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 69 wird auseinandergesetzt, dass derjenige, welcher in die den Damm durchbrechenden Fluthen den Inhalt eines Wassertroges ausgiesst, sich einer Mitwirksamkeit nicht schuldig gemacht habe, wenngleich die Wassermenge dadurch vergrössert worden sei. Die zweite Wirksamkeit wäre hier keine messbare. S. 70. 71 wird wieder der Fall, dass Jemand einem Anderen Gift vorsetzt, das dieser als solches erkennt, und dennoch geniesst, nach einem anderen Princip entschieden. Die Versuchsstrafe wird damit gerechtfertigt, dass ein vollendetes Verbrechen an einen Einwilligenden nicht begangen werden könne.

[51] in Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 612.

er sich psychischer Mittel zu bedienen glaubt[52] und mithin der Vorstellung der Bildung des Causalzusammenhanges in abweichender Weise sicher ermangelt. Umgekehrt erklärt v. Buri den der Verantwortung wegen eines vollendeten Verbrechens für enthoben, welcher nicht in Folge seiner Thätigkeit den Tod verursacht, sondern ihn in Folge eines damit in Verbindung stehenden Umstandes veranlasst.[53] Freilich ist er auch hier nicht consequent; der Anklage wegen Mordes redet er das Wort, wenn der Verwundete durch ein aus einer Menagerie entsprungenes Thier zerrissen wird,[54] der wegen Versuches stimmt er zu, wenn ein herabfallender Ziegelstein die Schädeldecke durchbricht.[55] Mit demselben Rechte, wie er hier betont, dass nicht der Causalzusammenhang, sondern der Willenszusammenhang eine Störung erfahren habe, hätte er es auch dort versichern können. Setzen wir aber in dem einen wie im anderen Falle das erfolgte Ableben, es sei durch den Biss der Bestie oder durch das Gewicht des Steines verursacht, auf die richtige Rechnung, so treten wir wohl v. Buri nicht zu nahe, wenn wir annehmen, dass es ihm widerstrebt hat, eine Handlung als conkurrirende Ursache aufzufassen, während der Tod ausschliesslich auf die Naturereignisse zurückzuführen ist. Darum spielt hier bei ihm die Voraussicht die Rolle, die er im Uebrigen als unerträglich herausfühlt. Wir brauchen daher nur die Eigenthümlichkeiten abzustreifen, die wir in seiner Causalitätslehre als unhaltbar erkennen, und die Doluslehre, der sie das Leben gegeben haben, ist damit von selbst wieder in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht gebracht, so dass es sich auch von diesem Gesichtspunkt aus rechtfertigen dürfte, wenn wir die eine wie die andere nunmehr verlassen.

---

[52] a. a. O. S. 611. Ob die Behexungsmittel, die hierbei v. Buri im Auge hat, so zweischneidiger Natur sind, muss ich dabei dahin gestellt sein lassen.

[53] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 18. 19.

[54] in Goltdammers Arch. Bd. XI S. 754.

[55] a. a. O. (Causalitätslehre) S. 18. 19.

Bar

Die Theorie von v. Bar[56] darf gegenüber der von v. Buri[57] demgemäss wohl das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, der unangemessenen Ausdehnung des Causalitätsbegriffes entgegengetreten zu sein. Indem sie zwischen Bedingungen und Ursachen unterscheidet, vermeidet sie die uns widersprechenden Consequenzen, die Eltern, welche zu ihrer eigenen Betrübniss ihr Kind auf der verbrecherischen Bahn wandeln sehen, den Bergmann, der das Erz fördert, das sich späterhin zur Mordwaffe gegen das ihm angestammte Herrscherhaus umgestaltet hat, als mitwirksam zu Thaten zu erachten, gegen die sie sich mit aller Energie gewendet haben würden.[58] Allein den positiven Resultaten, die sie an die Stelle des Irrthums gesetzt hat, vermögen wir nicht beizustimmen. Schon der Ausgangspunkt, den sie nimmt, ist unserer Ansicht nach anfechtbar. So richtig nämlich es auch ist, dass die Strafe auf den Willen zu beziehen sei, so wenig folgt doch daraus, dass die Untersuchung über den Causalzusammenhang mit der über die Schuldfrage in untrennbarer Verbindung stehe. Nur unter der doppelten Voraussetzung würden wir uns damit einverstanden erklären, wenn einerseits der Thatbestand eines jeden Verbrechens die Bildung eines Causalnexus erfordern, und andererseits die Verkettung der Thatsachen, welche durch ein mit Vernunft begabtes Wesen hervorgerufen wird, von der verschieden sein würde, welche durch Naturereignisse entsteht. Weder das eine noch das andere ist der Fall. In letzterer Beziehung darf ich mich wohl jeder Ausführung enthalten; von keiner Seite und am wenigsten von v. Bar dürfte bestritten werden, dass das Verhältniss von Ursache und Wirkung, mit dem man es hierbei zu thun zu haben glaubt,

---

56 v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht.

57 Die Causalitätslehre von v. Buri ist zwar später erschienen, allein die darin ausgesprochene Ansicht war bereits in früheren Abhandlungen niedergelegt.

58 a. a. O. S. 12.

sich nach Gesetzen regelt, welche von der Verschuldung unberührt bleiben. In ersterer Beziehung habe ich bereits darauf hingewiesen, dass die mir entgegenstehende communis opinio mit verschiedenen Begriffen operirt, wenn sie ebenso bei der Injurie, wie beim Morde von Causalität spricht.[59] Dort versteht sie darunter die inneren Vorgänge, welche einer Handlung voraufgehen, hier die äusseren Vorgänge, welche ihr nachfolgen. Dort wird sie aufgefasst als die Herrschaft des Willens über die Organe des Körpers, hier als die der Organe des Körpers über die Kräfte der Natur. Dort sind die Nerven und Muskeln die causalen Elemente, hier wiederum die ausserhalb des Menschen liegenden Mittel. Dort wird die Causalität mit der That für abgeschlossen, hier mit ihr für eröffnet erklärt. Gerade der Exkurs, den man mit Vorliebe unternahm, war meines Erachtens weit eher geeignet, die herrschende Ansicht zu widerlegen, als sie zu stützen. Denn die im Criminalrecht häufig wiederkehrende Auseinandersetzung, dass der Mensch seine geistigen und physischen Kräfte ebensowenig mit absoluter Sicherheit regiere, wie die der Natur,[60] weist auf den bemerkenswerthen Unterschied hin, dass dort das Unvermögen die Bedingungen, von welchen eine verbrecherische That, hier die, von welchen der Eintritt einer jenseit derselben liegenden Folge abhängt, in Wegfall bringt. Die Beschäftigung mit der Causalität, welche sich im Innern des Menschen abspielt, hat daher unter allen Umständen für unsere Wissenschaft keinen Werth. Versagt das Organ, so ist der Boden der Aussenwelt noch nicht betreten. Erfüllt es seine Funktion, so kommt ein versuchtes, begonnenes oder vollendetes Verbrechen zur Erscheinung. In dem einen wie in dem anderen Falle ist der physiologische Process für uns ohne Interesse; dort, weil das, was ihm voraufgeht, für uns

[59] S. oben S. 295.

[60] a. a. O. S. 34. Herrmann a. a. O. Neues Archiv des Crim.-R. pro 1856 S. 26. Hertz: Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln S. 11. Köstlin: Neue Revision S. 440.

dem Gebiet der nuda cogitatio angehört, hier, weil das, was ihm nachfolgt, unserer ausschliesslichen Beurtheilung unterliegt. Wäre es anders, so wäre es schwer verständlich, warum das Civilrecht, für welches doch auch die Lehre vom Causalzusammenhang, wie v. Bar mit Recht hervorhebt,[61] eine recht bedeutsame Materie bildet, sich der Erörterung von Fragen zu entschlagen vermag, deren Diskussion das Criminalrecht für nothwendig erachtet. Setzt mithin einerseits nicht jeder juristisch relevante Causalzusammenhang eine Verschuldung[62] und andererseits nicht jede Verschuldung einen juristisch relevanten Causalzusammenhang voraus, so scheint uns zu Unrecht v. Bar,[63] Glaser eines Fehlers zu zeihen, wenn dieser die Vorgänge in der Subjektivität von denen in der Objektivität getrennt hat.[64]

Im Gegentheil möchten wir glauben, dass die angebahnte Unterscheidung zwischen Bedingung und Ursache sich fruchtbarer erwiesen hätte, hätte nicht die Tendenz, ein Correlatverhältniss zwischen Verschuldung und Causalität herzustellen, auf den Gang der Untersuchung einen bestimmenden Einfluss ausgeübt. Nachdem nämlich v. Bar auseinandergesetzt hat, dass es bisher der Rechtswissenschaft noch nicht gelungen sei, den einen Begriff von dem anderen abzugrenzen,[65] deducirt er, anstatt sich seinerseits dieser Aufgabe zu unterziehen, wie folgt weiter: Jede Erscheinung, die sich unserer Beobachtung aufdränge, beruhe auf einer Menge von Voraussetzungen, denen sie ihre Entstehung verdanke. So willkürlich es auch auf den ersten Blick erscheine, die eine oder andere unter ihnen hervorzuheben und ihr das Prädikat „Ursache" zu geben, so

---

[61] a. a. O. S. 1 S. 132 fg.

[62] z. B. in den Fällen des s. g. objektiven Unrechts.

[63] a. a. O. S. 4 Note 5 und S. 105.

[64] Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht Bd. I „Ueber strafbare Unterlassungen" S. 300. 301. Auch v. Buri hält Verschuldung und Causalzusammenhang auseinander cf. dessen Causalitätslehre S. 1. 2. 27.

[65] a. a. O. S. 4—6.

wären wir doch hierzu insofern berechtigt, als die Verschiedenheit des wissenschaftlichen Standpunktes die Nöthigung involvire, von der objektiven Gleichheit abzusehen. Demgemäss käme es lediglich darauf an, einen Gesichtskreis zu eröffnen, von dem aus wir uns die Befugniss vindiciren könnten, einen Umstand, der sonst als Bedingung aufzufassen wäre, als Ursache zu bezeichnen.[66]

Dabei bleibt jedoch unaufgeklärt, inwiefern die Verschiedenheit der Intuition an der objektiven Beschaffenheit der Dinge etwas zu ändern vermöchte. Nur der Name wird gewechselt, die Begriffe selbst aber bleiben in ihrem Wesen unberührt, wenn wir das, was sich objektiv als Ursache darstellt, mit dem Ausdruck Bedingung, und das, was objektiv Bedingung ist, mit dem Namen Ursache belegen. Zu welchem Standpunkt wir auch immer unsere Zuflucht nehmen, eine Verwandlung des einen Begriffes in den anderen wird uns dadurch nicht ermöglicht. Vielleicht dürfte es uns gelingen, uns anschaulicher zu machen, wenn wir den Gedankengang, in dem sich v. Bar bewegt, ein wenig eingehender verfolgen.

Anknüpfend an ein von Stuart Mill gebrauchtes Beispiel fährt er, wie folgt, fort:[67]

„*Ein Stein sinkt auf den Grund. Welches sind die Bedingungen dieser Erscheinung? Zuerst muss ein Stein und Wasser vorhanden sein; aber diese Voraussetzungen bilden einen Theil der Benennungen der Erscheinung selbst, und es wäre eine Tautologie, wenn man sie in die Bedingungen einschliessen wollte; auch hat diese Classe von Bedingungen den Namen Ursache nur von einigen Scholastikern erhalten, welche sie die materielle Ursache (caussa materialis) nannten. Die nächste Bedingung ist, es muss ein Ende da sein, und demgemäss sagt man häufig, dass der Fall des Steines durch die Erde veranlasst werde, oder durch eine von ihr ausgeübte Kraft,*

---

[66] cf. hiergegen v. Buri a. a. O. S. 2. 3.

[67] a. a. O. S. 7. 8.

oder eine Eigenschaft derselben, was Alles, wie Mill bemerkt, nur eine weitläufige Art ist zu sagen, er werde durch die Erde verursacht. Es ist nun nicht genug, dass die Erde da sei, der Körper muss auch in einer Entfernung von ihr stehen, dass die Anziehung der Erde die eines jeden anderen Körpers überwiegt. Wir können also sagen, dass die Ursache des Falles des Steines darin lag, dass er sich in der Sphäre der Anziehungskraft der Erde befand. Ferner könnten wir sagen, dass der Stein vermöge seines grösseren specifischen Gewichtes zum Sinken gebracht wurde, und endlich wäre es doch auch nicht unrichtig diejenige Person, welche den Stein wirft, als die Ursache des Sinkens des Steines zu bezeichnen."

v. Bar sieht mithin von vornherein eine Mehrheit von Ursachen als unzweifelhaft vorhanden an. Zieht aber jede Ursache eine Wirkung mit Nothwendigkeit nach sich, so müsste die Zahl der Wirkungen der der Ursachen entsprechen. Weisen wir die Annahme, dass der Tod eines Menschen gleichzeitig auf einen Gehirn-, einen Herz- und einen Lungenschlag zurückzuführen ist, von uns, so werden wir auch die, dass das physikalische Experiment, mit dem exemplificirt worden ist, auf drei Ursachen beruhe — der Anziehungskraft der Erde, dem specifischen Gewicht des Steines und der ihn ins Wasser schleudernden Kraft — als irrthümlich bezeichnen müssen. In der That ist denn auch einzig und allein die Gravitationskraft der Erde die Ursache, der wir die Wirkung zuzuschreiben haben. Das Wasser ist nämlich ein ihr Hindernisse bereitendes Element; jeder Nachen, der sich auf seiner Oberfläche wiegt, legt hierfür Zeugniss ab. Die grössere specifische Schwere des Steines beseitigt daher nur den Widerstand, den das Wasser den Fallgesetzen entgegenstellt. Es findet mithin lediglich eine Paralysation von zwei Bedingungen, von denen die eine die Negation der anderen ist, statt; denken wir uns beide hinweg, so vereinfachen wir die Sache, ohne das Verhältniss von Ursache und Wirkung zu tangiren. Ganz ebenso verhält es sich mit dem zweiten Umstand, dem wir die

Qualität als Ursache absprechen. So lange der Stein in der Hand gehalten wird, wird die Anziehungskraft der Erde durch eine Gegenkraft in ihrer Wirkung gehemmt. Wird er hinweggeschleudert, so wird der ihr bereitete Widerstand aufgegeben. Die Wirkung, die vorher latent war, ist damit frei geworden. Während sie bis dahin in dem Druck, welchen jeder Körper auf seine Unterlage ausübt, bestanden hatte, macht sie sich nunmehr dem Auge bemerkbar. Schreiben wir aber die Empfindung, welche im Zustand der Ruhe der Tastsinn vermittelt, keiner anderen Ursache als der Schwere zu, so würden wir willkürlich handeln, wollten wir die Erscheinung, welche uns das Sehorgan zum Bewusstsein bringt, daneben noch auf andere Kräfte zurückführen.

Die abweichende Auffassung treibt nun v. Bar in folgendes Dilemma: Würde er die Annahme von drei conkurrirenden Ursachen aufrecht erhalten, so würde es ihm an der correspondirenden Zahl der Wirkungen fehlen; wollte er dagegen drei conkurrirende Bedingungen als vorhanden annehmen, so würde er wieder zu einer Wirkung ohne Ursache gelangen. Deshalb sieht er sich genöthigt, in die Erörterung der Frage einzutreten, welche der verschiedenen Bedingungen wohl als Ursache aufzufassen sei, um wenigstens hinterdrein das richtige Verhältniss zu gewinnen. Den Ausweg, durch eine objektive Untersuchung ans Ziel zu gelangen, hat er sich dadurch abgeschnitten, dass er zwischen den Umständen, welche wesentlich und denen, welche wirksam sind, nicht scheidet. Deshalb bleibt ihm nichts übrig, als den Schwerpunkt in die Subjektivität zu verlegen. Er fährt nämlich fort:[68]

„*Wer die Anziehungskraft der verschiedenen Körper untersucht wird diese, wer die Wirkung der Anziehungskraft auf verschiedene Entfernung untersucht, wird den Umstand, dass der Stein sich in einer bestimmten Entfernung von der Erde befand, wer das specifische Ge-*

[68] a. a. O. S. 8 i. f. u. S. 9.

wicht des Steines untersucht, dieses, wer endlich die Sache moralisch oder juristisch untersucht, den Menschen als Ursache betrachten. Es kommt also, wie wir sehen, auf den Zweck der Untersuchung an. Wenn wir die Naturgesetze untersuchen wollen, so ist Alles, was durch Menschenhände gemacht wird, Bedingung und nicht Ursache; wenn wir juristisch oder moralisch urtheilen wollen, so sind die Naturgesetze und die allgemeinen Voraussetzungen der Thätigkeit des Menschen z. B. dass Materie, dass Licht, Atmosphäre vorhanden ist, dass in der Luft bestimmte Wärmegrade existiren, Bedingungen und nicht Ursachen des menschlichen Handelns. Diese bemerkenswerthe, keineswegs, wie Mill meint, willkürliche oder oberflächliche Ausdrucksweise steht aber in genauerem Zusammenhang mit der psychologischen Entwickelung des Causalgesetzes."

Damit ist aber der Unterschied zwischen Bedingung und Ursache verwischt. Nicht begrifflich steht die eine der anderen gegenüber, sondern sie verwandelt sich in die eine oder andere je nach individuellem Belieben. Wie aber die verschiedenen Zwecke, welche der Mensch verfolgt, eine Naturkraft, welche Veränderungen schafft, in eine Voraussetzung, ohne welche sie ihre Wirksamkeit nicht entfalten kann, und umgekehrt eine Bedingung, von deren Existenz der Eintritt einer Ursache abhängt, zur Ursache selbst sollte umgestalten können, wird dabei unerörtert gelassen. Hat die Verletzung der Aorta das Ableben eines Menschen zur Folge gehabt, so mag freilich den Mediziner vorwiegend der Prozess, der sich hieran angeschlossen hat, den Juristen der, welcher ihm voraufgegangen ist, interessiren; der daraus gezogene Schluss, dass der Tod sich aus einer physischen und moralischen Ursache entwickelt hat, ist darum noch nicht begründet. Vielmehr kämen wir zu der Consequenz, so viele Ursachen annehmen zu müssen, als Untersuchungen stattgefunhaben, oder umgekehrt eine Wirkung für nicht eingetreten zu erachten, wenn die Prüfung ihrer Ursache unterlassen wird. Demgemäss dürfte v. Bar auch zu Unrecht annehmen,

dass die physiologische Entwickelung des Causalgesetzes der von ihm vertheidigten Ansicht zur Stütze gereiche. Denn wenn es auch richtig ist, dass sowohl das einzelne Individuum wie die Menschheit im Allgemeinen darauf angewiesen ist, auf die Natur einzuwirken, und dass die Untersuchungen, welche sich mit ihr beschäftigen, in letzter Linie den Zweck verfolgen, uns deren Kräfte zu unterwerfen,[69] so vermag ich doch nicht abzusehen, weshalb wir berechtigt sein sollten, je nach der Verschiedenheit unserer Betrachtungsweise beliebig ein Glied aus der Kette der Ereignisse herauszugreifen und ihm das Prädikat „Ursache“ beizulegen, während es in Wahrheit jeder causalen Kraft entbehrt.

Der Grund aber, weshalb v. Bar sich bei einem Resultate beruhigt, das uns widerstrebt, liegt darin, dass er von Hause aus seine Untersuchung auf einen Punkt dirigirt, von dem aus er den Menschen als Ursache bezeichnen kann. Die Erwägung nämlich, dass im Recht die Vorgänge in der Aussenwelt nur unter der Voraussetzung interessiren, dass ihnen ein verantwortlicher Wille gegenübersteht, führt ihn nicht zu dem Schluss, dass darum die Objektivität ebenso ihre selbständige Berücksichtigung verdiene wie die Subjektivität, sondern zu dem, dass sich der Willenszusammenhang vom Causalzusammenhang nicht gesondert behandeln lasse. Damit ist er aber der Consequenz verfallen, seine Entwickelung derart einzurichten, dass ihm unter den verschiedenen Ursachen, mit denen er rechnet, schliesslich die nicht entschwinde, die er für die Verschuldung nicht entbehren kann.

Die von uns bekämpften Vordersätze bilden aber die Basis des ganzen Systems. Sind jedoch die Prämissen, auf denen der aufgestellte Begriff der physischen Ursache ruht, unhaltbar, so ist damit auch der daraus wieder abgeleitete Begriff der „rechtlichen Ursache“[70] erschüttert. Wir ent-

---

[69] a. a. O. S. 9 und 10.
[70] a. a. O. S. 10 und 11.

halten uns deshalb auf die weitere Entwickelung einzugehen. Wir ziehen es vielmehr vor, bei der v. Bar aus einer Reihe weiterer Schlüsse[71] gewonnenen Definition der rechtlichen Ursache:[72]

> „*Ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.*“

ein wenig zu verweilen, um die Stichhaltigkeit der Ein-

---

[71] Insbesondere möchten wir folgenden Sätzen S. 10 widersprechen. Nach v. Bar soll alle Erforschung der Natur auf die Feststellung gewisser, unabänderlicher Folgen angewiesen sein. Nach unserer Ansicht haben die Naturwissenschaften jedoch keine von den übrigen Wissenschaften verschiedene Aufgabe. Ueberall gilt es Wahrheiten zu finden. Häufig genug werden auch in der Physik, Chemie etc. nur Erscheinungen erklärt. Noch weniger vermögen wir anzuerkennen, dass die Naturwissenschaften auf die Erforschung der Folgen beschränkt seien, welche eintreten, wenn die sie bedingenden regelmässigen Voraussetzungen vorliegen. Nur soviel dürfte richtig sein, dass die Verhältnisse, über die sich das abstrakte Gesetz verhält, in concreto vorhanden sein müssen, wenn die Nutzanwendung zum erwünschten Erfolg führen soll. Wer ein Experiment macht — cf. S. 11 Note 11 — setzt freilich voraus, dass die Ingredienzien, deren er sich bedient, die ihrem Begriff entsprechenden Eigenschaften haben, daraus kann aber wohl doch nicht hergeleitet werden, dass in dieser stillschweigenden Annahme eine Ursächlichkeit liege. Endlich will mir auch nicht einleuchten, dass die Naturgesetze nur bedingte Wirksamkeit haben, weil ihre Anwendbarkeit an bestimmte Voraussetzungen gebunden sei. Ihrer unbedingten Herrschaft kann der Umstand keinen Eintrag thun, dass die Wirkung ausbleibt, wenn die Bedingungen, unter denen sie ihre Geltung beanspruchen, im konkreten Falle nicht hergestellt werden. Ob aus den qu. Vordersätzen, meine Einwendungen als unbegründet angenommen, der Schluss sich ergiebt:

> „*Der Mensch ist Ursache einer Erscheinung, insofern wir ihn uns denken als diejenige Bedingung, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Lauf der Erscheinungen ein anderer geworden ist*“

mag dabei auf sich beruhen.

[72] a. a. O. S. 11.

wendungen, die wir gegen den Syllogismus erhoben haben, an dessen Resultate zu prüfen.

Danach sollen wir also rechtliche Verantwortlichkeit anzunehmen haben, wenn die Erscheinungen unseres Lebens, die in dessen regelmässigem Verlauf liegen, durch den menschlichen Willen eine Abweichung erleiden. Abgesehen davon, dass sich damit auch die Causalitätslehre von v. Bar gleich der von v. Buri in eine Schuldlehre auflöst, dürfte es von vornherein einleuchten, dass wir nicht berechtigt sind, die Responsabilität nach dem objektiven Massstab der Regelwidrigkeit zu beurtheilen. Schon das erste Beispiel, welches v. Bar zur Unterstützung seiner Ansicht aus den Pandekten heranzieht,[73] dürfte meines Erachtens zu seiner Widerlegung geeignet sein. In der L. 30 § 3 D. 9. 2 (ad leg. Aquil.) heisst es:

> *Si quis in stipulam suam vel spinam comburendae ejus caussa ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num inperitia ejus aut negligentia id accidit; nam si die ventoso id fecit, culpae reus est; nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quae oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

v. Bar erachtet die Quellenentscheidung für begründet, weil man auf dem Felde der Regel nach wegen der nahe liegenden Gefahr für fremdes Eigenthum Feuer nur bei ruhigem Wetter anzünde.[74] Der römische Jurist legt jedoch nicht hierauf das entscheidende Gewicht, sondern auf die an den Tag gelegte negligentia. Die Differenz macht sich bemerklich, wenn wir den Fall ein wenig verändern. Nehmen wir an, es hätte die Manipulation, welche den nachbarlichen Vorräthen in Folge eines plötzlich entstandenen Sturmes zum Schaden gereicht hat, um Mitter-

---

[73] a. a. O. S. 17.

[74] a. a. O. S. 17.

nacht stattgefunden. Legen wir die Regel des Lebens unserem Urtheil zu Grunde, so wäre auch der der Verantwortung nicht überhoben, welcher es an den nöthigen Vorsichtsmassregeln nicht hat fehlen lassen. Die Geschäfte auf dem Felde werden einmal ordnungsmässig nur bei Tageslicht verrichtet. Bringen wir dagegen das Princip zur Anwendung, welches uns die Quellen an die Hand geben, so kommen wir zu der entgegengesetzten Entscheidung. Qui omnia, quae oportuit observavit, caret culpa. Die Verschiedenheit zwischen der Auffassung, von welcher der römische Jurist ausgeht, und der, welche v. Bar vertheidigt, tritt noch mehr zu Tage, wenn wir erwägen, dass die „Regel des Lebens" die Grundsätze über die Verschuldung gradezu auf den Kopf stellt. Während wir nach jener allenfalls behaupten können: Wer sich einer Culpa schuldig gemacht hat, hat anomal gehandelt, müssten wir nach dieser erklären: Wer anomal gehandelt hat, hat eine Verschuldung auf sich geladen. Der Gedanke, der bei Paulus durchblickt: Wer einen nicht beabsichtigten Erfolg herbeiführt, ist in der Regel fahrlässig zu Werke gegangen, wird von v. Bar in den umgebildet: Wer fahrlässig zu Werke gegangen ist, verursacht in der Regel einen nicht beabsichtigten Erfolg.[75] Der Satz: Wer sein Verhalten der Regel des Lebens gemäss einrichtet, erhält sich von Schuld frei, wird in den umgekehrt: Wer gegen die Regel des Lebens verstösst, ist rechtlich verantwortlich. Hierin liegt die Schwäche des Principes, das uns als Surrogat sowohl für die Lehre des Causalzusammenhanges als auch für die der Zurechnung geboten wird. Derjenige, welcher vor einer incompetenten Behörde seine Eidespflicht verletzt, hat sicher, wenn überhaupt die Regel des Lebens einen prakticabelen Massstab abgäbe, gegen Sitte und Gewohnheit stärker verstossen, als der, welcher vor ordnungsmässig besetztem Gericht einen Meineid leistet. Der Umstand, welcher die Verantwortlichkeit begründen soll, würde daher, in potenzirter

[75] cf. a. a. O. S. 15 fg. und S. 119 fg.

Stärke vorhanden, sie in Wegfall bringen. Nicht einmal für die Fälle der culpa, die v. Bar anscheinend in erster Linie im Auge gehabt hat,[76] ist der aufgestellte Grundsatz anwendbar. Soll die Regelwidrigkeit eine Fahrlässigkeit involviren, so wäre es schwer verständlich, weshalb der Kutscher, welcher mitten durch eine belebte Strasse mit rasender Schnelligkeit fährt, von einer Anklage wegen eines Vergehens verschont bleibt, wenn das von ihm überfahrene Kind sich, von den Rädern des Wagens und den Hufen der Rosse unverletzt, vom Strassenpflaster erhebt, während der Fuhrmann, der minder leichtsinnig gehandelt hat, einer Verurtheilung wegen fahrlässiger Tödtung nicht entgeht, sobald der Zufall ihm schlimmer mitgespielt hat. Sind doch die Abweichungen vom normalen Verlauf des Lebens in jenem Fall beträchtlicher als in diesem. Wollten wir aber die von v. Bar gegebene Definition der rechtlichen Ursache auf die Regelwidrigkeiten beschränken, welche unter Strafsanktion gestellt sind, so würden wir durch sie nur erfahren, dass jedes Verbrechen eine Verschuldung voraussetzt. Demgemäss resumiren wir uns dahin: Entweder besagt der von uns besprochene Grundsatz, dass der Mensch für diejenigen von ihm in der Rechtswelt verursachten Unregelmässigkeiten, welche mit dem Thatbestand eines Deliktes zusammenfallen, verhaftet ist — dann ist er überflüssig, oder er erklärt, dass die Verantwortlichkeit darüber hinausgeht oder dahinter zurückbleibt — dann ist er unrichtig.[77]

---

[76] a. a. O. S. 13.

[77] cf. gegen die v. Bar'sche Causalitätslehre: v. Buri a. a. O. S. 2—13. Binding a. a. O. Bd. I S. 39. 40. 41 Note 85. Meyer a. a. O. S. 181. Auch der von M. gegebenen Definition: „Ursache ist diejenige Bedingung, welche (allein oder in Verbindung mit anderen) den vorhandenen Verhältnissen die Richtung auf den Erfolg gab" vermag ich nicht beizustimmen. Wenn derjenige, welcher bemerkt, dass eben ein Gewehr auf ihn abgedrückt wird, bei Seite springt und gerade dadurch von der Kugel getroffen wird, der er, an seinem Platze bleibend, entgangen wäre, so würde er danach als Ursache seines Todes angesehen werden müssen.

Binding hat daher das richtige Verhältniss wiederhergestellt, wenn er nachdrücklich die Nothwendigkeit der Trennung der Untersuchung über den Causalzusammenhang von der über die Verantwortung betont.[78] So sehr ich auch hierin einen Vorzug seiner Theorie erblicke, und so bereitwillig ich ihm auch den Tribut der Dankbarkeit für die vielen Anregungen zolle, die ich auf seine Normenlehre zurückzuführen habe — der Pflicht, auch seiner Causalitätslehre entgegenzutreten, kann ich mich darum nicht entschlagen. Denn auch er geht gleich v. Buri und v. Bar von dem Verhältniss von Ursache und Wirkung aus, und auch darin stimmt er mit ihnen überein, dass er seinen Causalitätsbegriff zum Mindesten auf den Thatbestand derjenigen Delikte für anwendbar erachtet, welche legislatorisch den Zweck verfolgen, von der Rechtswelt gewisse nachtheilige Veränderungen abzuhalten.[79] Mag die von ihm formulirte Norm dahin lauten:

> „*Ihr sollt nicht tödten, Ihr sollt nicht stehlen, nicht ehebrechen, den Staat nicht in seinem territorialen oder grundgesetzlichen Bestand verletzen, keine falsche Urkunde als echt gebrauchen!*“

überall sieht er darin ein Verbot der Verursachung ausgedrückt. Nur um den Inhalt der Vorschriften, welche er damit zusammenfasst, einer Prüfung zu unterziehen, knüpft er an die Norm wider die Tödtung an, die nach ihm dahin lauten würde: Ihr sollt nicht die Ursache zum Tode erzeugen![80]

Damit ist aber die schiefe Ebene betreten. Weder dreht sich die Causalität um das Verhältniss von Ursache und Wirkung noch kehrt dasselbe bei den deliktischen Thatbeständen, in denen die Norm in einem Verletzungsverbot bestehen würde, ausnahmslos wieder. Der Sorge, der Verursachung des Todes entgegenzutreten, ist der Gesetzgeber

---

[78] a. a. O. Bd. II S. 225. 226.

[79] a. a. O. Bd. I S. 38 fg.

[80] a. a. O. S. 38. 39.

durch die Vorsehung überhoben. Ist es dem Menschen nicht gegeben, eine Kraft zu schaffen, welche den Tod producirt, so ist er darauf beschränkt, eine Constellation der Verhältnisse ins Leben zu rufen, unter denen die Ursachen, über welche die Natur mit souveräner Ausschliesslichkeit verfügt, ihre Wirksamkeit entfalten. Wie es sich von selbst verbietet, eine Norm aufzustellen: Du sollst nicht die Ursache erzeugen, durch welche die Körper vom Mittelpunkt der Erde angezogen werden, ganz ebenso erscheint es mir unzulässig, die für die Tödtung in der ihr von Binding gegebenen Gewande zu erlassen. Sollte aber auch meine Ansicht irrthümlich sein, so wäre doch immerhin das Gebiet der Causalität zu weit abgesteckt, wenn das Verhältniss von Ursache und Wirkung seiner Herrschaft unterliegen soll. Die Annahme, dass bei den Delikten, in welchen sich die verbrecherische Handlung zum vollendeten Verbrechen wie Sein zu Werden verhält, die That als Wirkung aufgefasst werden könnte, haben wir bereits an einer anderen Stelle bekämpft.[81] Wir müssten daher, um den Causalitätsbegriff bei ihnen zu retten, den Willen als Ursache erklären, um die Handlung als Wirkung bezeichnen zu können — eine Anschauung, die uns in der That auch in der Litteratur begegnet.[82] Wenn aber, wie Binding zutreffend hervorhebt, die Ursache die Wirkung mit Nothwendigkeit nach sich zieht,[83] so stimmt wieder damit nicht überein, dass die Organe des Körpers sich bisweilen unbotmässig erweisen. Wer den Willen als Ursache auffasst, bleibt uns die Erklärung für die Erscheinung schuldig, wie der Taube nicht hören und der Blinde nicht sehen sollte, wenn er sich der

[81] S. oben S. 295.

[82] a. a. O. Bd. II S. 229 i. f. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 122. — Berner: Theilnahme S. 180. — Köstlin: N. Revision S. 453. 454. v. Buri a. a. O. S. 1, der indess den Willen nur insofern zu einem Bestandtheil des Causalzusammenhanges macht, als derselbe das agens bildet, das die Körperkräfte in Bewegung setzt.

[83] a. a. O. Bd. II S. 227 Bd. I S. 40.

Kraft bedient, welche unfehlbar die von ihm ersehnte Wirkung produciren müsste.

„*Nun ist, so deducirt Binding weiter, jede Veränderung in der Welt das Resultat eines siegreichen Kampfes einer Kraft über die andere, der die Gegenwart zerstörenden Elemente über die sie zu erhalten oder sie nach anderer Richtung fortzureissen bestrebten. Spielt die menschliche That bei Herbeiführung einer Veränderung mit, so kann dies dem Anschein nach auf zwei Weisen geschehen: entweder sie verstärkt die zu jenem Erfolg hinwirkenden oder aber sie schwächt die jenem Erfolg widerstrebenden Bedingungen. Stiftet Jemand eine Ueberschwemmung an, so kann er dies thun durch Verstärkung des Wasserdruckes auf die Schleusen, so dass das Wasser sie bricht, oder aber durch Entfernung oder Schwächung der Schleusen, die in Folge davon durchbrochen werden. Tödtet Jemand, so kann er dies thun durch Verletzung der das Leben erhaltenden Körperintegrität oder durch Hinderung des Hinzutretens von Sauerstoff zu den Lungen.*“[84]

Damit ist die Brücke geschlagen, welche zu einem Resultate führt, das mit dem Gegenstand der Untersuchung nicht recht übereinstimmt. Zwar wird mit dem Verhältniss von Ursache und Wirkung, das die Basis der Entwickelung bildet, erst im folgenden Passus definitiv gebrochen, allein schon hier nehmen wir wahr, wie die Ursache in Bedingung, die Wirkung in Erfolg übergeht. Statt des Causalbegriffes, welchen wir als zu weit gefasst bezeichnet haben, wird nunmehr ein solcher aufgestellt, der nach unserer Meinung in den entgegengesetzten Fehler verfällt. Wäre schon das Gebiet zu sehr eingeengt, wenn an der Voraussetzung, dass jede Veränderung aus dem Kampf widerstrebender Elemente entspringt, festgehalten worden wäre, indem häufig genug die Kräfte der Natur, anstatt in dem bestehenden Zustand einen Widerstand zu finden, aus ihm ihre Nahrung ent-

---

[84] a. a. O. Bd. I S. 41. 42.

nehmen, so erleidet der Radius des Kreises noch zum zweiten Male dadurch eine Verkleinerung, dass das Beispiel der Stiftung einer Ueberschwemmung als typisch angesehen wird. Hierbei haben wir es nämlich mit einer ganz besonders gearteten Complikation der Verhältnisse zu thun, deren Eigenthümlichkeit in der Hemmung einer Wirkung besteht. Der Fall liegt nicht wesentlich verschieden von dem, welchen wir bereits in der v. Bar'schen Causalitätslehre kennen gelernt haben. Wie dort die Schwerkraft der Erde in ihrer Wirkung so lange suspendirt bleibt, als der Stein auf seiner Unterlage ruht, so wird hier die Gewalt des Wassers in seiner Wirkung so lange gefesselt, als die Schleuse ihr Widerstand leistet. Macht sich in jenem Falle die Ursache gegenüber der Abwehr in dem Druck auf die Hand fühlbar, so macht sie sich in diesem durch den Druck gegen das Bauwerk bemerklich. Dort wie hier ist mithin die Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes davon abhängig, dass die Stärke der Defensive der Kraft der Offensive gewachsen bleibt. Die Veränderung tritt daher ein, wenn entweder der Angriff an Intensivität zunimmt oder die Vertheidigung an Widerstandsfähigkeit abnimmt. Wo dagegen der gegenwärtige Zustand auf abweichenden Voraussetzungen beruht, ist damit von selbst die Möglichkeit ausgeschlossen, auf dem einen oder anderen Wege den Erfolg ins Leben zu rufen. Dies lässt Binding unerwogen, wenn er fortfährt:[85]

> *„Diese anscheinende Verschiedenheit, mit welcher die menschliche Kraftanstrengung sich an der Herbeiführung eines Erfolges betheiligt, löst sich auf in eine wesentliche Gleichheit. Denn da Alles auf die Ueberlegenheit der zum Erfolg wirkenden über die ihn hindernden Bedingungen ankommt und nicht auf eine absolute Grösse einer jenen Bedingungsmassen, so ist eine Beseitigung abhaltender Bedingungen undenkbar ohne eine darin enthaltene Stärkung ihrer Widerparte. Verhalte sich die Kraft beider Bedingsmassen wie 3 : 3 so wird nichts geschehen. Der*

---

[85] a. a. O. S. 42.

Erfolg wird aber ebensowohl eintreten, wenn ich die Kraft der zu ihm hinwirkenden Bedingungen auf 4 steigere, als wenn ich die der abhaltenden Bedingungen auf 2 mindere. Verursachung einer Veränderung ist deshalb identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichtes zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der letzteren. Ursache sind die zum Erfolge hinstrebenden Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die von ihm abhaltenden.“ [86]

Damit tritt uns der neue Causalitätsbegriff entgegen. Das Verhältniss von Ursache und Wirkung ist aufgegeben, das von Bedingung und Erfolg an seine Stelle gesetzt. Nur die Veränderung eines Zustandes, der analog dem bei der Ueberschwemmung gewählten Beispiel liegt, ist gewürdigt, und es erweist sich deshalb die aufgestellte Definition auch nicht auf eine einzige der Normen, von welchen ausgegangen worden ist, anwendbar. Bei den Verbrechen des Hochverrathes, des Diebstahls, des Ehebruches, des Gebrauches einer falschen Urkunde sehen wir uns vergeblich nach abhaltenden und hinwirkenden Bedingungen um. Vergeblich suchen wir nach einem Gleichgewicht, welches einer Störung unterliegen könnte. Vergeblich fragen wir nach der Wirkung, welche der Ursache correspondiren sollte. Aber auch bei dem Verbrechen der Tödtung kommen wir nicht zu günstigeren Resultaten. Leben und Tod stehen zu einander nicht, wie Binding annimmt, in einem feindlichen, sondern in einem gegensätzlichen Verhältniss. Wir haben es daher nicht mit zwei Bedingungsmassen zu thun, einer aggressiven und einer defensiven, sondern mit der positiven und negativen Seite ein und derselben Sache. Damit löst sich der vermeintliche Gegensatz zwischen abhaltenden und fördernden Bedingungen in eine Verschiedenheit der Ausdrucksweise auf. Ob wir den Aufenthalt in freier Luft als einen der Vitalität günstigen oder als

---

[86] Ortmann: Ueber Begehung der Verbrechen durch Unterlassung im Gerichtssaal pro 1874 (Bd. XXVI) S. 439 fg. hat obigen Causalitätsbegriff adoptirt, ohne indess neue Gründe für seine Stichhaltigkeit zu erbringen.

einen der Mortalität ungünstigen Umstand bezeichnen, kommt sachlich auf dasselbe hinaus. Wäre der Begriff, der einen von zwei Bedingungsmassen abhängigen Zustand voraussetzt, auch hier, wo wir einen solchen in Abrede stellen, anwendbar, so müssten die Folgerungen, die sich dort als zutreffend erweisen, sich auch hier als richtig herausstellen. Dies ist jedoch keineswegs der Fall.

Die beiden Wege, durch welche dort sich eine Veränderung bewirken lässt, stehen uns hier nicht offen. Mit der Vernichtung der Bedingungen, deren das Leben zu seiner Erhaltung bedarf, sind die, welchen der Tod seine Entstehung verdankt, eo ipso erzeugt. Ich vermag daher, so sehr ich mich auch bemühe, Binding zu folgen, zwischen demjenigen, welcher die Lunge verletzt, und dem, welcher den Sauerstoff absperrt nur den rein äusserlichen Unterschied anzuerkennen, dass dort die Waffe den Dienst leistet, den hier die Hand verrichtet. Eine Analogie mit dem bei der Ueberschwemmung angeführten Beispiel ist mir aber unerfindlich. Tritt der Tod durch Hemmung des Athmungsprocesses ein, gleichviel, ob die Respirationsorgane zerstört oder durch Verhinderung des Hinzutrittes des Sauerstoffes ausser Wirksamkeit gesetzt werden, so kann der modus procedendi, mit welchem hier exemplificirt worden ist, auch nur einer der beiden Begehungsweisen entsprechen, welche gleichmässig geeignet sind, eine Ueberschwemmung zu stiften.

Wären zwei Bedingungsmassen vorhanden, so müsste mit der Verstärkung der Defensive die Gefahr ab-, mit der der Offensive die Gefahr zunehmen. Aber gerade die entgegengesetzten Folgen treten in unserem Falle ein. Wollten wir den Genuss der Nahrung als abhaltende Bedingung betrachten, so müsste unser Leben um so gesicherter sein, je mehr wir extravagiren — ein Schluss, der auf die Irrigkeit der Prämisse hinweist. Wäre die zu hohe Temperatur des Blutes eine auf den Tod hinwirkende Bedingung, gleich dem Wasser, das die Schleuse bedrängt, so würde die Gefahr in demselben Grade sinken müssen, in welchem der Thermometerstand heruntergeht — eine Conklusion, die

nicht minder die Analogie, von der ausgegangen worden ist, als unzutreffend zurückweist.

Wäre endlich das Leben der Widerstandsfähigkeit der Schleuse, der Tod der Angriffskraft des Wassers vergleichbar, so bliebe die Erscheinung unaufgeklärt, weshalb jeder für die Gesundheit vortheilhafte oder nachtheilige Einfluss die umgekehrte Wirkung auf deren Gegensatz ausübt, während mit der Veränderung der Defensivstärke die der Offensivstärke nicht eintritt.

Beruht somit das Leben nicht auf zwei einander befehdenden Bedingungsmassen, so ist die Definition, welche ein der von uns angefochtenen Prämisse entsprechendes Merkmal in sich aufgenommen hat, auch nicht auf das Verbrechen anwendbar, welches uns zur Besprechung noch übrig geblieben war.

Wir werden uns daher nicht sonderlich wundern, wenn der Causalitätsbegriff, den wir kennen gelernt haben, durchweg seinen Dienst versagt hat. Die Wahrnehmung, die sich uns bereits in der Versuchslehre aufgedrängt hat, machen wir hier von Neuem auf anderem Gebiete. Der Schwerpunkt wird nicht in die Diagnose, sondern in die Heilung der störenden Symptome verlegt. Bei der der alten Schule angehörigen Controverse über die Verschiedenheit der Wunden hat man sich damit begnügt, den Consequenzen, die man als unerträglich erkannte, entgegenzutreten: der Begriff selbst ward aber keiner Untersuchung unterzogen. Man hielt an dem Verhältniss von Ursache und Wirkung fest, und statuirte eine juristische Ursache, die von der medicinischen verschieden war,[87] obwohl man wieder v. Bar, als er auf diesem Wege weiter ging, entgegenhielt, dass der abweichende Standpunkt der Wissenschaft an der objektiven Natur der Dinge nichts zu ändern vermöge.[88]

Bei der die s. g. Commissivdelikte durch Unterlassungen betreffenden Streitfrage nahm die Causalitätslehre zu einem

[87] S. oben S. 343.

[88] v. Buri a. a. O. S. 3.

dolus subsequens ihre Zuflucht, den wieder die Doluslehre als unhaltbar verwarf.[89] Zwischen den Fällen, in denen die Ursächlichkeit als zweifelhaft, die Verantwortlichkeit als unzweifelhaft angesehen wurde und denen, in welchen man die Ursächlichkeit als unbedenklich, die Verantwortlichkeit dagegen als prekär erachtete, wurde kein Unterschied gemacht[90] und man behandelte deshalb die Mutter, welche ihr Kind verhungern liess nach denselben Grundsätzen wie den Beamten, welcher für die Berichtigung eines Irrthums in dem von ihm bereits abgefassten Protokoll nicht sorgte.[91] Die Herbeiführung eines zum Thatbestand eines Verbrechens erforderlichen Erfolges ward mithin nach denselben Maximen beurtheilt, wie die nicht geschehene Beseitigung eines Zustandes nach vollbrachtem Delikt. In der Versuchslehre wurden, wenigstens was das delictum perfectum anlangt, Wirkung und Erfolg als heterogene Begriffe angesehen,[92] in der Causalitätslehre wurden sie wieder als identisch aufgefasst. Dort wie hier kehrt nahezu auf jeder Seite der Ausdruck Erfolg wieder, aber die verschiedensten Bedeutungen wurden dem Worte beigelegt. Mochte es sich um einen Ehebruch oder um einen Betrug, um eine Nothzucht oder um einen Hochverrath handeln, überall ward Versuch und Causalität angenommen. Dass in dem einen Fall ein einfacher, in dem anderen ein combinirter Verbrechensbegriff in Frage steht, dass in dem dritten die Erreichung des Zweckes, welchen der Thäter verfolgt, in den Thatbestand aufgenommen, in dem vierten daraus ausgeschieden ist, that der einheitlichen Lehre keinen Abbruch. Die Verschiedenheit der Verhältnisse, welche man

---

89 cf. hiergegen Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen § 6 S. 16—21. Binding a. a. O. Bd. II § 47 a. S. 206—224.

90 cf. indess hiergegen Binding a. a. O. Bd. II § 49 c. S. 259 fg. und Ortmann: Ein Schlusswort über Begehung der Verbrechen durch Unterlassung im Gerichtssaal pro 1875 S. 209 fg. u. a. a. O.

91 Glaser a. a. O. S. 315 und 481.

92 S. oben S. 352.

somit mit gleichem Maasse maass, ist daher der Grund, weshalb die Nachfolger in ihren Bestrebungen, die Fehler der Vorgänger zu verbessern, Schiffbruch erlitten haben. Untersuchte man die Causalität, die auf die Thätigkeit mehrerer Personen zurückzuführen ist, so hätte es sich empfohlen, die Frage, innerhalb welcher Grenzen wir hieran Interesse haben, als präjudiciell aufzuwerfen, und man hätte dabei die unangemessene Ausdehnung des Begriffes erkannt. Beschäftigte man sich mit der Erörterung der Controverse über die s. g. Commissivdelikte, durch Unterlassungen, so wäre es, wollte man die Gefahr von Verirrungen vermeiden, correkter gewesen, wenn man zuvor den Streitpunkt dahin fixirt hätte: Haben wir es hierbei mit einer nur bestimmten Verbrechen eigenthümlichen oder ihnen sämmtlich gemeinsamen Erscheinung zu thun? Wäre die Antwort, wie wir wohl annehmen dürfen, verneinend ausgefallen, so wäre damit der Begriff, von dem man ausgegangen war, erschüttert gewesen.

Die neuere Litteratur steht daher im Wesentlichen noch auf dem Standpunkt der alten Schule: das Verhältniss von Ursache und Wirkung wird als entscheidend angesehen und jedes Delikt ihm unterworfen.[93] Die Lösung der Controversen, welche die Vergangenheit ihr überliefert hat, hat deshalb auch ihr nicht gelingen wollen. Dies zeigt sich namentlich in der Streitfrage, welche in der Causalitätslehre eine ähnliche Rolle spielt, wie die über die Tauglichkeit der Mittel und des Objektes in der Versuchslehre: in der über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung.

v. Buri lässt sich hierüber wie folgt aus:[94]

„*Der Wille den Erfolg abzuwenden, und die demselben adäquate Thätigkeit, welche den Erfolg zu hindern strebt*

---

[93] Stübel: Ueber den Thatbestand der Verbrechen.

[94] v. Buri: Ueber Begehung der Verbrechen durch Unterlassungen im Gerichtssaal pro 1875 S. 26, womit zu vergleichen dessen Ausführungen im Gerichtssaal pro 1869 S. 196. 197, in der Causalitätslehre S. 98. 99, im Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1878 S. 109.

erscheint als eine dem Eintritt desselben entgegenwirkende caussa, und es muss darum die Unterdrückung dieses Willens beziehungsweise die Verhinderung der Entstehung desselben — in einem Anderen oder in sich selbst — als eine Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden caussa und somit selbst als eine Causalität angesehen werden, welche die Haftbarkeit für den nicht abgewendeten Erfolg — beziehungsweise für Versuch — nach sich zieht.“

Da Entschluss und Gegenentschluss sich wechselseitig aufheben, so erfahren wir damit nur, dass die Unterlassung Veränderungen hervorruft, wenn die Thätigkeit deren Eintritt verhindert haben würde. Der Lösung der Controverse treten wir dadurch nicht näher. v. Bar bringt auch hier seine Definition der rechtlichen Ursache zur Geltung, und er stellt deshalb den Grundsatz auf, dass Verantwortung begründet sei, wenn die vorausgegangene positive Thätigkeit nur unter der Voraussetzung als eine der Regel des Lebens entsprechende angesehen werden kann, dass der Handelnde eine andere positive Thätigkeit darauf folgen lässt.[95] Auch damit kommen wir kaum weiter. Verbietet es sich nach unserer Auffassung von selbst eine Incongruenz zwischen der Regel des Lebens und den Bestimmungen des positiven Rechtes anzunehmen, so erfahren wir dadurch nur, dass Verhaftung eintritt, sofern die Unterlassung einen strafbaren Thatbestand begründet. Binding endlich stellt ein complicirtes System auf, das auch dann der Tragfähigkeit entbehrt haben würde, wenn der von ihm aufgestellte Causalitätsbegriff jeder Anfechtung entrückt wäre.[96] Denn es basirt auf der Annahme, dass der der Unterlassung vorangehenden Handlung die Natur einer abhaltenden Bedingung innewohne. So richtig es auch ist, dass diejenigen, welche in dem aktiven Verhalten die Quelle des schädlichen Erfolges erblicken, den Arzt als den Grund der Krankheit

[95] v. Bar a. a. O. S. 99.
[96] a. a. O. Bd. II S. 224—259.

erklären,[97] so wird doch wieder bei der Anschauung, die Binding vertritt, das Recept für die Medicin ausgegeben. Wer das Versprechen des Weichenstellers, sein Amt pflichtgemäss verwalten zu wollen, als einen Schutz des Bahnbetriebes erachtet, stellt den guten Willen der geleisteten Abwehr gleich. Binding, nicht gewillt, der Unterlassung ohne Weiteres causale Natur beizulegen, sieht sich deshalb genöthigt, sie dem blossen Entschlusse zuzugestehen. Er selbst bekennt, sich hierüber Skrupeln hingegeben zu haben, er glaubt jedoch, sie durch die Erwägung besiegen zu können, dass häufig genug schon der blosse Gedanke, auf energischen Widerstand zu stossen, vor der Ausführung eines Planes zurückschrecke.[98] Wenn wir dies auch zugeben, ja sogar noch darüber hinausgehen und Illusionen und Traumgebilden den gleichen Einfluss, auf unsere Selbstbestimmung einzuwirken, zuschreiben, so müssen wir doch in Abrede stellen, dass damit der causale Charakter von Projekten und Entschlüssen bewiesen sei. Wollten wir auch unseren Widerspruch hiergegen fallen lassen, so wären wir darum noch immer nicht in der Lage, der daraus von Binding gezogenen Folgerung, von der aus er bis zur Lösung des Problems nur noch einen Schritt sieht, zuzustimmen. Soll das Vernichten einer abhaltenden Bedingung eine Verursachung ermöglichen, so wäre damit noch lange nicht aufgeklärt, weshalb die Aufgabe des gefassten Entschlusses nur „in dem entscheidenden Augenblick"[99] die Fähigkeit besitzt, modificirend auf die Aussenwelt einzuwirken, im Uebrigen aber ihrer ermangelt. Es würde uns zu weit führen, wollten wir Binding Schritt für Schritt verfolgen; wir glauben uns dieser Aufgabe um so mehr enthalten zu dürfen, als wir uns gegen die beiden Fundamentalsätze, auf denen die Behandlung der Controverse beruht, gewendet haben: gegen seinen Causalitätsbegriff und gegen seinen Versuch die nuda

---

[97] a. a. O. S. 228.
[98] a. a. O. S. 229—231.
[99] a. a. O. S. 233.

cogitatio zu einem die Abwendung der Gefahr bedingenden Umstand zu erheben. Nur die beiden Resultate, zu denen er gelangt, wollen wir noch in Kürze registriren; sie sind nach unserem Dafürhalten schon an sich geeignet, Bedenken zu erregen:

1. Uebernimmt Jemand die Verpflichtung, eine Gefahr zu bekämpfen, mit dem Entschluss, ihr nicht zu genügen, so verursacht er deren Eintritt mit diesem Moment. Wegen aller Ereignisse, welche die Zukunft bringt, ist er als doloser Urheber verantwortlich, er mag das entstandene Hinderniss aus Unachtsamkeit nicht gekannt oder auch bei der grössten Aufmerksamkeit nicht vermocht haben, es wahrzunehmen.

2. Hat er dagegen bei der der Unterlassung voraufgehenden Handlung den Vorsatz, seine Kraft den schädlichen Elementen entgegenzustellen, so verursacht er den Erfolg im Zeitpunkt seiner Inaktivität. Nach diesem Augenblick ist seine Verschuldung zu bemessen. Die Veränderung selbst aber — und nur soweit widerspreche ich hier — *tritt dadurch ein, dass er die Entstehung anderweitiger abhaltender Bedingungen verhindert, also beispielsweise in der Conkurrenz mit Mitbewerbern, welche sorgsamer gewesen wären, den Sieg davon getragen oder die Ergreifung von Vorsichtsmassregeln, die ohne seine Intervention ergriffen worden wären, hintertrieben hat.*[101]

Damit glauben wir unsere wissenschaftliche Verpflichtung, den zeitherigen Causalitätsbegriff aufzugeben und einen neuen an seine Stelle zu setzen, nachgewiesen zu haben. Wollten wir nun den Versuch wagen, eine auf alle Verbrechen anwendbare Definition aufzustellen, so würden wir uns damit einer ebenso unmöglichen, wie überflüssigen Aufgabe unterziehen; einer unmöglichen insofern, als wir auch unsererseits in den Fehler, die verschiedensten Rechtsverhältnisse unter eine Formel zu zwängen, verfallen würden;

---

[100] a. a. O. S. 240.

[101] a. a. O. S. 246. 238. 256. 257.

einer überflüssigen insofern, als bei einer ganzen Reihe von Delikten das Bedürfniss, den Causalzusammenhang zu erforschen, der Praxis unbekannt ist. In den Entscheidungen der Gerichtshöfe ist wenigstens meines Wissens von ihm weder beim Widerstand gegen die Staatsgewalt noch bei der Nothzucht, weder bei der Hehlerei noch beim gewerbsmässigen Glücksspiel, weder bei der wissentlich falschen Denunciation noch bei der Beleidigung die Rede. Wir werden dadurch zu dem Schlusse gedrängt, dass nur unter besonderen Umständen die Beschäftigung mit der Causalität unser Interesse in Anspruch nimmt — ein Schluss, der in der auffallenden Erscheinung seine Bestätigung findet, dass in dem römischen Recht hierauf bezügliche Erörterungen nirgends auftauchen,[102] während das canonische Recht auf das judicium peritorum medicorum darüber provocirt, ob das erfolgte Ableben auf eine Verwundung oder eine anderweitige Ursache zurückzuführen sei.[103] Wir werden uns daher über den Grund der Abweichung, die sich zwischen den Pandekten und den Dekretalen Gregor IX bemerklich macht, Rechenschaft abzulegen haben, wollen wir uns Klarheit über die Voraussetzung verschaffen, unter der die Causalitätslehre für das Criminalrecht ihre Bedeutsamkeit erlangt. Zachariae giebt uns hierüber einen doppelten Aufschluss. An der einen Stelle schreibt er den Gegensatz zwischen den beiden Rechtsquellen dem Umstand zu, dass das römische Recht Versuch und Vollendung für gleich strafbar erachtet, das canonische Recht sich dagegen der derogirenden consuetudo generalis totius mundi angeschlossen habe.[104] An der andern Stelle hebt er dagegen hervor, dass das römische Recht auf die Folgen der That kein Gewicht gelegt habe, während das canonische Recht in ihnen

[102] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. II S. 283. Ich kann ihm nur darin beitreten, wenn er auch in dem Titel ad legem Aquiliam D. 9. 2 nur die Schuld- nicht die Causalitätsfrage erörtert findet. A. M. v. Bar a. a. O. § 12 S. 119—132.

[103] c. 6. 18 X de homicid. V. 12.

[104] Zachariae a. a. O. Bd. II S. 139.

ein Begriffsmerkmal erblickt hätte.[105] Weder das eine noch das andere Argument ist an sich beweisend. Denn der Umstand, dass ein Gesetz zwischen Versuch und Vollendung in der Strafbarkeit keinen Unterschied macht, würde den Richter nicht ermächtigen, die Ermittelung des Causalzusammenhanges von sich abzuwälzen.[106] Er würde um der gleichen Strafbarkeit willen ein Begriffsmerkmal unerledigt lassen und damit stillschweigend es für unerheblich erklären, ob eine Verwundung vor oder nach erfolgtem Ableben stattgefunden hat. Der zweite Grund ist aber darum nicht überzeugend, weil auch nach römischem Recht die Feststellung des Causalnexus nicht hätte umgangen werden können, wenn die objektive Seite der That, wenn auch nicht für den Begriff, so doch für die Straffolgen von Bedeutsamkeit gewesen wäre. Hätte die lex Cornelia denjenigen, welcher tödtete, härter bestraft als denjenigen, welcher in mörderischer Absicht verwundete, so hätte die Verschiedenheit des Strafmaasses wieder die Untersuchung erfordert, welche für den Thatbestand entbehrlich war. Vielmehr müssen beide von Zachariae geltend gemachten Gründe conkurriren, sollen wir der Beschäftigung mit der Causalitätslehre überhoben sein. So lange nämlich die Strafvorschriften derart formulirt sind, dass der Thatbestand mit der verbrecherischen That erfüllt, und die Zurechnung nur auf die Berücksichtigung der Absicht beschränkt ist, fehlt es an den beiden Gliedern, deren der Causalzusammenhang wie jeder Zusammenhang zu seiner Existenz bedarf. Werden aber die Folgen einer That zu Begriffsmerkmalen erhoben oder bei der Strafzumessung in Be-

[105] Zachariae a. a. O. B. I S. 283, wo zwar nur hervorgehoben ist, dass die Lex Cornelia auf den eingetretenen Erfolg keine Rücksicht genommen hat. Soll aber daraus die von ihm gezogene Folgerung abgeleitet werden, so bleibt nur die im Text geschehene Begründung übrig.

[106] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 283 Note 1 geht sogar so weit, dass er den französischen Richter der Aufgabe, den Causalnexus zu ermitteln, für überhoben erachtet, obgleich bereits damals das Ges. vom 28. April 1832 in Kraft war.

tracht gezogen, so ist damit der gesetzliche Boden für die Causalitätslehre hergestellt; dort hat sie wegen des veränderten Begriffs, hier wegen der veränderten Pönalsanktion ihre Aufgabe zu lösen. Damit dürften wir die Voraussetzung gefunden haben, unter der die Untersuchung des Causalnexus zum Bedürfniss wird. Sie wird zum Bedürfniss, sobald es bei der Beurtheilung einer Strafthat auf die Folgen ankommt, die sich an sie angeschlossen haben. Der Grund aber, weshalb wir ihrer von da ab nicht länger zu entbehren vermögen, hängt damit zusammen, dass eine Folge in den verschiedensten Quellen ihren Ursprung nehmen kann.[107] Wir sind deshalb darauf angewiesen, den Umstand zu ermitteln, der sich fähig gezeigt hat, die ihm nachfolgenden Veränderungen ins Leben zu rufen. So lange wir ihn nicht kennen, ist der Vorgang in der Objektivität nicht aufgeklärt, den wir auf einen verantwortlichen Willen zurückzuführen hätten. Die Causalitätslehre ist daher für die Schuldlehre von präjudicieller Bedeutung. Sie weist uns auf den Punkt hin, von dem aus sich die eingetretene Veränderung entwickelt hat, und sie setzt uns dadurch in den Stand, dem, welcher den Keim ausstreut, die daraus entstandene Saat als sein Willensprodukt vorzuhalten. Einen Umstand aber, welcher sich fähig erwiesen hat, Veränderungen hervorzurufen, nennen wir einen concreten Grund, die aus ihm erwachsenen Veränderungen seine concrete Folge (Erfolg).[108] Unter aktuellem Causalzusammenhang werden wir daher den Zusammenhang zwischen einem concreten Grund und seiner concreten Folge zu verstehen haben.[109]

Wir sind daher in der Causalitätslehre — und hierin liegt unseres Erachtens ihre ganze Schwierigkeit — genöthigt, uns in Abstraktionen zu ergehen; denn nur die Erfahrung ist es, welche uns in den Stand setzt, die Fähigkeit einer

[107] S. oben S. 347.

[108] S. oben S. 344. 358. 359. 366.

[109] Der Umstand, dass die Erforschung des Causalzusammenhanges von dem Verbrechen der Tödtung aus sich historisch entwickelt hat, erklärt es zur Genüge, weshalb man beharrlich an dem Verhältniss

That, Veränderungen hervorzurufen mit ausreichender Sicherheit zu beurtheilen. So lange wir nicht wissen, dass ein leichter Schlag gegen die Schläfe den Eintritt des Todes ermöglicht, befinden wir uns nicht in der Lage, in einem uns zur Entscheidung vorliegenden Fall den Causalnexus zwischen einer Ohrfeige und dem erfolgten Ableben anzunehmen. Erleichtert wird uns jedoch unsere Aufgabe dadurch, dass wir an die Abstraktion derartig gewöhnt sind, dass wir selbst complicirtere Verhältnisse anscheinend mit nur einem einzigen Schluss erledigen. Anstatt zu erwägen, dass aus einem Dolchstich eine Verletzung einer Arterie, aus einer Verletzung einer Arterie aber der Tod hervorgehen kann, bringen wir ohne Weiteres das erste Glied mit dem letzten in Zusammenhang, als würde die Berücksichtigung des Mittelgliedes gar nicht unserer Prüfung unterstehen. Dadurch sind wir in der Lage, mit einem Schlage den Causalitätscharakter einer That zu würdigen, auch wenn die Kette der Ereignisse, mit der wir uns zu beschäftigen haben, sich aus einer recht beträchtlichen Anzahl einzelner Vorgänge in der Objektivität zusammensetzt. Immer aber kommt es darauf an, den festen Ausgangspunkt rückwärts so lange zu verfolgen, bis wir auf einen Umstand stossen, von dem uns die Erfahrung lehrt, dass er geeignet ist, zu dem den Gegenstand unserer Untersuchung bildenden Er-

von Ursache und Wirkung festgehalten hat. Wäre ich, um den Causalitätsbegriff zu finden, vom Morde ausgegangen, so hätten die Erwägungen, denen ich mich bei der Aufstellung meines Versuchsbegriffes unterzog, mich auch hier zur Annahme des Verhältnisses von Grund und Folge gedrängt. Dass nur dieses, nicht das von Ursache und Wirkung in der Causalitätslehre von Bedeutung ist, entnehmen wir daraus, dass ein Gutachten, welches den Zusammenhang zwischen einer Blutvergiftung und dem Tode auseinandersetzen würde, als praktisch unbrauchbar verworfen werden müsste. Vielmehr hat es mit der Todesursache abzuschliessen, und nur über die Vorgänge, welche die Fähigkeit besessen haben, zu ihr zu führen, Aufschluss zu geben. So ist das Verhältniss von Grund und Folge bereits in praktischer Uebung, während die Theorie noch immer mit dem von Ursache und Wirkung operirt.

folge zu führen. Wir haben daher in der Kette, von der wir gesprochen haben, das Glied ausfindig zu machen, welches alle weiteren Ereignisse, die es in abstrakto zur Folge haben kann, in concreto zur Folge gehabt hat. Damit wäre erst die Quelle der eingetretenen Veränderung aufgedeckt, der Punkt gefunden, von dem aus die Umwandlung der Möglichkeit in die Wirklichkeit erfolgt ist, und der conkrete Grund ermittelt.

Wir wollen unsere Ansicht an zwei Beispielen erörtern, einem complicirteren und einem einfacheren. Jenes wählen wir, um uns anschaulicher zu machen, dieses um eine verschiedenartig interpretirte Pandekten-Stelle[110] von unserem Standpunkt aus zu erläutern. Nehmen wir an, es wäre Jemand eines unnatürlichen Todes gestorben. Von den medicinischen Experten würden wir erfahren, dass eine Pyämie den Tod verursacht habe, und dass ihr wiederum die Amputation eines Armes, und der Operation die Verletzung der Ulna in Folge äusserer Gewalt voraufgegangen sei. Durch die Untersuchung würden wir ermitteln, dass die Verwundung durch das Springen eines Pistolenlaufes, den ein Dritter gegen den Verstorbenen gerichtet hat, veranlasst worden ist. Machen wir uns das abstrakte Bild, so gelangen wir zu dem Schluss, dass das Abdrücken einer Schusswaffe den Tod eines Menschen zur Folge haben kann. In ihm hätten wir den potentiellen, und da der Lauf der Begebenheiten die Möglichkeit in Wirklichkeit umgewandelt hat, den conkreten Grund zu sehen. Ob der Thäter ihn dolos, culpos oder casuell gelegt hat, wäre dabei, da hier nur der Causalnexus in Betracht kommt, ohne jede Bedeutung. Wollten wir nur noch einen kleinen Schritt zurückgehen, und die im Laden der Waffe bestehende Thätigkeit als mitwirksam erachten, so würden wir die Quelle der Veränderung an einer unrichtigen Stelle suchen. Die Fähigkeit, den Tod hervorzurufen, ginge ihr ab. Was nicht

---

[110] v. Bar a. a. O. S. 23. 24. Meyer: Lehrbuch S. 182 Note 11. Binding a. a. O. S. 41 Note 86.

einmal der Potenz nach causale Kraft besitzt, muss ihrer erst recht in der Wirklichkeit ermangeln. Wir verlegen somit den Schwerpunkt der Untersuchung in die Frage: Ist ein Ereigniss aus einem Umstand entstanden, aus dem es in der Abstraktion zu entspringen vermag? nicht aber in die: Wäre es nicht entstanden, wenn andere Begebenheiten ihm nicht voraufgegangen wären? In jenem Falle wird Causalzusammenhang und objektiver Weltzusammenhang von einander geschieden; in diesem gelangt man zum Ursprung aller Dinge.

Das zweite Beispiel, das wir dem ersten entgegensetzen, ist nach unserem Dafürhalten von Ulpian zwar richtig entschieden, aber unrichtig begründet.

> *Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato. Sed si manumissus vel alienatus ex vulnere perierit, quasi de occiso agi posse Julianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc, quum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit; at in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus.*[111]

Der römische Jurist motivirt also die Haftung ex capite tertio der Lex Aquilia wegen Verwundung anstatt der Haftung ex capite primo wegen Tödtung damit, dass der Einsturz des Gebäudes und der ihm gleichgestellten Ereignisse die Gewissheit beseitige, ob der Sklave an der erhaltenen Verwung zu Grunde gegangen wäre. Man kann sich damit allenfalls einverstanden erklären, wenn die Prognose der Sachverständigen der erforderlichen Bestimmtheit ermangelt, nicht aber, wenn sie den lethalen Ausgang als unvermeidlich bezeichnet hätte. Nicht die Ungewissheit in Betreff der Beweis-, sondern die Gewissheit in Betreff der Causalitätsfrage rechtfertigt vielmehr den Tenor der Entscheidung. Wissen wir, dass der Tod des Sklaven durch den Zusammensturz des Hauses herbeigeführt worden ist, so ist der Grund

[111] L. 15 § 1 D. 9. 2 ad leg. Aquil.

aus dem er hervorging, dem, aus welchem er entstanden wäre, zuvorgekommen. Der Causalzusammenhang, welcher die Haftung für die Tödtung erfordert hätte, ist durch den Causalzusammenhang, der sie ausschliesst, beseitigt worden. Darin liegt unseres Erachtens der Schwerpunkt. Zugleich findet damit der Satz, welchen wir von der subjektiven Seite abgeleitet haben,[112] von der objektiven Seite aus seine Bestätigung. Bringt jeder abweichende Grund einen abweichenden Causalverlauf zur Entstehung, so ist damit die der Verantwortung präjudicielle Frage zu Gunsten der von uns entwickelten Ansicht entschieden.[113]

Wenden wir uns nunmehr den Commissivdelikten durch Unterlassungen zu. Von vornherein ist, wie es mir scheinen will, der Sache dadurch eine falsche Wendung gegeben worden, dass der Satz, dass wir, um zu wirken, verursachen müssen, als Axiom hingestellt worden ist.[114] Denn dabei wird unerwogen gelassen, dass die Natur im ewigen Wechsel schafft und vernichtet, so dass wir unseren Zweck, Veränderungen herbeizuführen, auch schon dann erreichen, wenn wir die Bedingungen herstellen, unter denen die in ihr waltenden Ursachen produciren und zerstören. Wäre man consequent vorgegangen, und hätte man die Lehre, die man für die Unterlassungen aufstellte, auf die Begehungen übertragen, so hätte der Schluss, zu dem man hier gelangt wäre, auf die Irrigkeit, von der man dort ausgegangen war, von

[112] S. oben S. 461 fg.

[113] cf. Art. 226 des Criminalges.-B. für Hannover. „Wenn auf die einem Menschen zugefügte Verletzung dessen Tod zwar erfolgt ist, allein aus der angestellten Untersuchung mit grosser Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit sich ergiebt, dass eine der an sich nicht tödtlichen Verletzung nachfolgende, von derselben unabhängige Ursache erst die Tödtlichkeit bewirkt hat, so ist der erfolgte Tod in rechtlicher Hinsicht nicht für die Folge der Verletzung zu halten."

[114] Pfitzer: Zur Lehre vom Causalzusammenhang Gerichtssaal pro 1875 S. 553 sieht beim Morde im Fall der Begehung eine Ursache, im Fall der Unterlassung eine Bedingung in der Handlung liegen. In jenem Falle müsste er für die Wirkung zwei Ursachen annehmen, in diesem eine Wirkung ohne Ursache anerkennen.

selbst hingewiesen.[114a] Wer Bedenken trägt, die Amme, welche das Kind verhungern lässt, als Urheberin des Todes zu behandeln, hat nach meinem Dafürhalten kein Recht, die Mutter, welche den Säugling erwürgt, mit diesem Prädikat zu belegen: eine Todesursache hat die eine ebensowenig wie die andere erzeugt. Man war mithin in den Widerspruch verfallen, dass man bei den Begehungen den Grundsatz, den wir an einer anderen Stelle erwähnt haben:

> *Um eine Wirkung hervorzurufen sind dem Menschen zwei Wege gegeben, die Nothwendigkeit und die Möglichkeit; der eine lehrt die Ursache setzen, aus dem sie entspringen muss, der andere den Grund legen, aus dem sie entspringen kann*[115]

thatsächlich übte, bei den Unterlassungen aber verwarf. Damit ist zugleich der Fehler, der unseres Erachtens in der Behandlung der Controverse gemacht worden ist, aufgedeckt. Nur der eine modus procedendi hat seine Berücksichtigung erfahren, der andere ist einer Prüfung nicht unterzogen worden. Mit der Verneinung der Frage, ob Veränderungen durch Unthätigkeit verursacht werden, ist daher die, ob Veränderungen durch Unterlassungen ermöglicht werden, noch lange nicht entschieden. Wir werden wohl kein Bedenken tragen, sie im affimativen Sinne zu beantworten, wenn wir erwägen, dass eine auch nur ein Decennium anhaltende Ruhe der Welt ein anderes Aussehen verleihen müsste. Ueber den Grund der Erscheinung aber sind wir durch die Culturgeschichte hinlänglich aufgeklärt. Bedarf es eines immerwährenden Kampfes, um den Kräften der Natur, die uns von allen Seiten feindlich umringen, und unser Dasein und unsere Werke unaufhörlich bedrohen, die Stirn zu bieten, so ist überall da, wo Aktivität geboten ist, um den bestehenden Zustand zu erhalten, mit der

---

[114a] Luden: Abhandlungen Bd. I S. 473. 474 II 219 fg. Krug: Abhandlungen aus dem Strafrecht (Leipzig 1855) S. 21 fg. Binding a. a. O. Bd. II S. 209 u. a. m.

[115] S. oben S. 348.

Passivität die Veränderung herbeigeführt. Der Umstand, dass die Unterlassung nicht als Ursache aufgefasst und von diesem Gesichtspunkt aus als causal betrachtet werden kann, steht mithin nicht im Wege — und nur hierauf kommt es nach unserer Ueberzeugung an — sie als Grund zu behandeln und ihr in dieser Eigenschaft causalen Charakter beizulegen.

So sehr man vielleicht auch geneigt sein dürfte, dies Alles zuzugeben, so bliebe doch noch immer die Wahrnehmung befremdlich, weshalb wir bei den Omissivdelikten, sei es des Causalnexus, sei es der Verantwortung wegen, der vorangehenden Aktivität nicht zu entbehren vermögen, weshalb wir auf die Bestrafung der Amme, welche das ihr anvertraute Kind verhungern lässt, nicht verzichten und die desjenigen, welcher dem Ertrinkenden seinen Arm nicht reicht, nicht sonderlich begehren. Die ältere Theorie, wonach die Commissivdelikte durch Unterlassungen die Verletzung einer Zwangspflicht voraussetzen sollen,[116] scheint deshalb auf den ersten Blick ihre volle Berechtigung zu haben, und dennoch ist sie zweifellos unhaltbar. Die Gründe, welche gegen sie die Wissenschaft erbracht hat, sind meines Erachtens überzeugend.[117] Das Wesen der Handlung, an welche die Passivität sich anschliesst, bedarf daher noch einer genaueren Prüfung, wollen wir zur Lösung der Controverse den Beitrag liefern, der in unseren geringen Kräften steht.

Sehen wir zunächst, um von den einfacheren Verhältnissen auszugehen, von dem Criminalrecht ab. Nehmen wir an, es handele sich um die civilrechtlichen Folgen

[116] Feuerbach: Lehrbuch § 24. Spangenberg: „Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit“ im N. Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 527 fg., der übrigens Haftbarkeit auch unter besonderen Verhältnissen, wie Verwandtschaft, Vormundschaft etc. annimmt. Vereinzelt wird die Ansicht im Prinzip auch von Neueren gebilligt, vergl. z. B. Oppenhoff: Commentar zu § 211 Note 19. Schütze: Lehrbuch § 80 S. 380 Note 2.

[117] cf. hiergegen insbesondere Glaser a. a. O. S. 371—376.

eines Selbstmordes, beispielsweise um das gesetzlich oder statutarisch angeordnete Präjudiz der Verwirkung einer Lebensversicherungssumme im Fall der Selbstentleibung.[118] Alsdann würden wir wohl kein Bedenken tragen, denjenigen, welcher sich durch Enthaltung der Nahrungsmittel den Tod zuzieht, nach denselben Grundsätzen zu behandeln wie denjenigen, der durch einen positiven Eingriff in den Organismus seinem Leben ein Ende macht. An dem Causalzusammenhang zwischen seiner Unterlassung und dem Tode zu zweifeln, hätten wir keine Veranlassung. Dass die Abstinenz von Speise und Trank geeignet ist, den Tod herbeizuführen, sagt uns die Erfahrung; dass sie in concreto diese Folge gehabt hat, werden uns die medicinischen Experten darthun. Die Zurechnung aber würden wir damit motiviren, dass der Grund der Veränderung in einem verantwortlichen Willen seinen Ursprung genommen hat. Demgemäss dürfte nur noch aufzuklären sein, unter welchen Umständen der Unterlassung causale Kraft beiwohnt. Uebertragen wir die der Culturgeschichte entlehnte Bemerkung auf das Criminalrecht, so ergiebt sich daraus von selbst der Satz:

Hängt die Erhaltung eines Rechtsgutes oder die Fortdauer eines rechtlich geschützten Zustandes von der Erfüllung einer Bedingung ab, so bedeutet deren Nichterfüllung den Grund zur Veränderung legen.

Gehen wir nunmehr zu einem complicirteren Verhältniss über, um zunächst die Frage nach der Causalität und sodann die nach der Responsabilität zu beantworten. Fingiren wir, es habe der Arbeiter an dem Pumpwerk, welches die Bestimmung hat, den Taucher in der Tiefe mit Sauerstoff zu

[118] Um nicht eine in das Versicherungsrecht einschlagende Controverse zu berühren, poniren wir den Fall der Art, dass über die Zurechnungsfähigkeit des Versicherten kein Bedenken obwalten soll. cf. übrigens die m. E. zutreffende Entsch. des Reichs-Ober-Handels-Gerichts vom 15. October 1875 Bd. XVIII S. 211. 212, wonach Selbstmord im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit die Verwirkung der Versicherungssumme nach der üblichen Fassung der Polizen nicht zur Folge hat.

versehen, seine Thätigkeit eingestellt. Zu spät wird seine Pflichtvergessenheit bemerkt; alle Belebungsversuche bleiben fruchtlos. Vergleichen wir damit den Fall, in welchem der Selbstmörder den Tod durch Hunger wählt. Dort wie hier hängt die Erhaltung des bestehenden Zustandes von der Erfüllung einer Bedingung ab, dort von der Zuführung der zum Leben unentbehrlichen Nahrungsmittel, hier von der des nicht minder unentbehrlichen Sauerstoffes. Wer dort in der Voraussetzung, auf welcher die Fortdauer unserer Existenz beruht, die Erklärung findet, weshalb die Unterlassung die Veränderung herbeiführt, erschwert sich hier die Begründung ohne Noth, wenn er die Passivität nicht für ausreichend erachtet, die Aussenwelt zu modificiren. Vielleicht weisen wir den causalen Charakter der Unterlassung noch überzeugender von einem anderen Gesichtspunkt aus nach. Gesetzt, es hätte ein Dritter den Arbeiter an dem Pumpwerk dadurch, dass er ihm seine Hände festhielt, verhindert, seine verantwortliche Thätigkeit fortzusetzen. Alsdann hätten wir es anstatt mit einer Unterlassung mit einer Begehung zu thun. Durch positiven Eingriff wäre der Sauerstoff, welcher mit Hilfe des Apparates den Lungen zuströmt, von ihnen ganz ebenso abgeschnitten, als wenn die Einwirkung von Körper zu Körper stattgefunden hätte. Die Reihe der Thatsachen, deren Prüfung uns untersteht, schliesst mit der Hemmung der freien Bewegung der Arme des Arbeiters als mit dem Akte ab, von dem uns die Erfahrung lehrt, dass ihm die Fähigkeit innewohnt, in einer Situation gleich der gegebenen den Tod durch Erstickung hervorzurufen. Nehmen wir aber bei den complicirteren Verhältnissen den Causalnexus als vorhanden an, so ist nicht abzusehen, weshalb wir ihn bei den einfacheren in Abrede stellen sollten: dort wird die Unthätigkeit erst hergestellt, welche hier von Hause aus vorliegt. Wird dort zugegeben, dass die Veränderung eintritt, wenn die Bedingung, von welcher das Leben des Tauchers abhängt von dem Arbeiter zwar erfüllt, von dem Dritten aber vernichtet wird, so brauchen wir uns nur Kraft und Gegen-

kraft hinwegzudenken — und der causale Charakter der Unterlassungen ist nicht länger zu bestreiten.

Die der Unterlassung vorangehende Handlung ist daher für den Causalzusammenhang ohne Bedeutung; die Inaktivität, und nur die Inaktivität enthält den Grund, welcher alle weiteren Begebenheiten ermöglicht hat, und sie ist deshalb die ausschliessliche Quelle, auf welche die rechtlich erhebliche Veränderung zurückzuführen ist. Dagegen können wir die ihr vorangehende Handlung von einem anderen Gesichtspunkt aus nicht entbehren: sie schafft die Situation, in welcher die Unterlassung sich zum Grunde zu gestalten vermag.

So lange wir nämlich uns mit unserer Thätigkeit nicht zur Bedingung für die Erhaltung eines bestehenden Zustandes aufwerfen, sind wir ausser Stande durch unsere Unthätigkeit den Grund zu einer Veränderung zu legen. Wenn Niemand unter den anwesenden Schwimmern sich ins Wasser begiebt, um ein Kind, das darin mit dem Tode ringt, herauszuziehen, so ist die Bildung eines Causalzusammenhanges zwischen seiner Unterlassung und dem Untergang des Kindes nicht denkbar. Seine Passivität entbehrt der Fähigkeit, den Tod eines Menschen herbeizuführen. Mit dem Moment aber, in welchem wir uns mit unserer Aktivität zur Existenzbedingung einer anderen Person oder zu einer Voraussetzung machen, von welcher die Fortdauer eines rechtlich geschützten Zustandes abhängt, ändert sich die Sache. Von da ab erlangen wir die Fähigkeit, durch Passivität auf die Aussenwelt modificirend einzuwirken. Kehren wir zu dem Beispiel zurück, von dem wir ausgegangen sind. Der Arbeiter an der Pumpe ist durch die Uebernahme der Verpflichtung, die Geschäfte an dem Apparat zu versehen, zu einer Bedingung geworden, von deren Funktionirung das Leben des Tauchers abhängt. An seine Existenz ist nunmehr die einer zweiten Person gekettet. Wer ihn während seiner Thätigkeit fesselt, begeht, den erforderlichen dolus vorausgesetzt, nicht nur eine Freiheitsberaubung, sondern zugleich auch eine Tödtung, wer ihn ermordet, einen

Doppelmord.[119] Mit diesem Augenblick ist zugleich auch für ihn die Möglichkeit entstanden, den Erfolg, den jeder Dritte durch Begehung hervorrufen müsste, durch Unterlassung herbeizuführen.

Ueberall, wo wir Commissivdelikten durch Unterlassung begegnen, tritt uns die gleiche Erscheinung entgegen. Bei den schlimmsten Vorsätzen wird es einem Dritten, der nicht im Bahndienst steht, nimmer gelingen, durch sein passives Verhalten einen Grund zu legen, welcher die Entgleisung eines Zuges zur Folge hat. Nur der, von dessen Thätigkeit die Sicherheit des Verkehrs abhängt, ist in der Lage, seine Unterlassung zur Quelle einer Veränderung zu machen. Wir könnten weiter mit dem Gefangenwärter, welcher dem in der Isolirzelle untergebrachten Verbrecher die Kost nicht verabreicht; mit dem Bergmann, der den Steiger, den er am Seile in den mit schlagenden Wettern erfüllten Schacht heruntergelassen hat, nach Ablauf der vorher bestimmten Zeit nicht heraufzieht; mit dem Schwimmlehrer, der von der Leine, an welcher der ungewandte Schüler befestigt ist, nach Wahrnehmung von einigen recht bedenklichen Tempos keinen Gebrauch macht; mit dem Wächter des Leuchtthurms, der das Feuersignal nicht unterhält, exemplificiren, und wir würden uns mit leichter Mühe überzeugen, dass die Vorbedingung, die wir als typisch ansehen, vorhanden ist.

Die der Unterlassung voraufgehende Handlung hat daher in unseren Augen nur einen faktischen Werth. Sie stellt die Voraussetzung her, unter welcher das passive Verhalten einen causalen Charakter anzunehmen vermag. Ihr Inhalt hat deshalb nach unserem Dafürhalten keine criminalrechtliche Bedeutung. In Folge dessen erachten wir es für durchaus gleichgiltig, ob sie in der Uebernahme eines öffentlichen Amtes, in einem privatrechtlichen Vertrage oder in einem Akt der Menschenliebe besteht. Wir würden des-

[119] resp. würde mit dem Verbrechen gegen den Arbeiter ein versuchtes Verbrechen gegen den Taucher conkurriren.

halb denjenigen, welcher ein von seiner unnatürlichen Mutter ausgesetztes Kind an sich nimmt, nicht anders behandeln, als die Amme, welcher der Säugling zur Pflege übergeben ist; das Verhältniss, in welchem die Unterlassung den Grund abzugeben vermag, eine Veränderung zu Wege zu bringen, wäre in dem einen wie in dem anderen Falle hergestellt. Damit ist zugleich die die Haftung betreffende Frage beantwortet. Nicht in der Verletzung der Dienstpflicht, nicht in der des eingegangenen Contraktes, nicht in der der Humanität ist sie begründet, sondern in dem Causalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Frfolge. Indem das Gesetz verbietet, den Grund zum Tode eines Menschen zu legen,[120] hat es die umfassendste Vorsorge zu dessen Schutze getroffen. Ist der Nachweis erbracht, dass die Veränderung in der Unterlassung ihren Ursprung genommen hat, so ist damit der objektive Thatbestand dargethan, und die Responsabilität ist nach den gleichen Principien zu behandeln, als wenn eine Begehung zur Aburtheilung stände. Damit dürfte auch der gegen die ältere Theorie erhobene Einwand, dass sie die Verletzung einer Zwangspflicht vor das Forum des Criminalgerichts verweise und damit dem der competenten Behörde entziehe,[121] seine Erledigung finden. Hat der Weichensteller instruktionswidrig gehandelt, so mag er dies vor seinem Vorgesetzten verantworten, hat er aber durch seine Unterlassung den Causalzusammenhang hergestellt, welcher das öffentliche Recht interessirt, so hat er dem Untersuchungsrichter Rede und Antwort zu stehen. Dass nur er das beschwerliche Privilegium hat, durch seine Unthätigkeit Rechtsgüter zu gefährden, liegt dabei ausserhalb des Thatbestandes in objektiver und subjektiver Beziehung. Diejenigen dagegen, welche durch ihr passives Verhalten einen Grund zu einer Veränderung zu legen nicht im Stande sind, sind nicht deshalb der Haftung enthoben, weil sie ein öffentliches Amt

[120] S. oben S. 342. 343.
[121] v. Bar a. a. O. S. 90.

nicht übernommen, eine privatrechtliche Verpflichtung nicht auf ihre Schultern geladen haben, sondern deshalb, weil ein Causalzusammenhang zwischen ihrem Lassen und der Vernichtung eines Rechtsgutes nicht erfindlich ist. Das Gesetz befiehlt nicht: Du sollst den Grund legen, durch welchen der Eintritt des Todes verhindert wird, sondern es verbietet, den zu legen, durch den er herbeigeführt wird. Nicht die Erhaltung des bestehenden Zustandes macht es uns zur Pflicht, sondern es untersagt uns, die Quelle zu öffnen, durch die er eine Veränderung erleidet. Der Schwimmer, der vom Lande aus ruhig zusieht, wie das Kind, das er mit einer Armbewegung retten könnte, mit den Wellen kämpft, hat zwar dem moralischen Erhaltungsgebote, nicht aber dem rechtlichen Veränderungsverbote zuwider gehandelt. Leistet er Hilfe, so ist er für die Rettung causal geworden; bleibt er unthätig, so fehlt es uns an der Handhabe, ihn für den Tod, dessen Grund nicht auf ihn zurückzuführen ist, verantwortlich zu machen. Die Unterlassungen bieten uns daher, wie es mir scheinen will, keine grösseren Schwierigkeiten als die Begehungen. Gelingt es der Causalitätslehre, den Grund mit voller Präcision anzugeben, so ist die Bahn für die Doluslehre dort wie hier geebnet. Den Wanderer, welcher es unterlässt, einem Verwundeten den versprochenen ärztlichen Beistand nach der einsamen Gegend, in der er jenen vorgefunden hat, zu entsenden,[122] werden wir nicht verantwortlich machen, weil es uns ohne Weiteres einleuchtet, dass in seinem Verhalten ein Grund des später eingetretenen Todes nicht zu finden ist. Sind wir dagegen geneigt demjenigen, welcher einem Ertrinkenden den Ret-

[122] Binding a. a. O. Bd. II S. 233, der zwar im Resultate übereinstimmt, indess annimmt, dass der Wanderer lediglich die abhaltende Bedingung, die er gesetzt, hinterdrein vernichtet habe. Liesse sich aber nachweisen, dass ein Dritter sich bereit gefunden hätte, einen Arzt herbeizurufen, wenn er sich nicht auf das Versprechen des Wanderers verlassen hätte, so wäre dieser unter Umständen einer Anklage wegen Tödtung ausgesetzt. Damit kann ich mich nicht einverstanden erklären.

tungsanker zuwirft, hinterdrein aber, nachdem das Tau erfasst ist, den müssigen Zuschauer spielt, zur Rechenschaft zu ziehen, so werden wir dabei von der Erwägung geleitet, dass mit dem Moment, in welchem Jemand zur Bedingung für die Erhaltung eines Menschenlebens geworden ist, deren Nichterfüllung Veränderung bedeutet, und dass wir deshalb in seiner nunmehrigen Unthätigkeit den Grund für die Folge zu sehen haben würden, deren Herbeiführung das Gesetz verbietet.

Würde die hier vertretene Ansicht in ihren wesentlichen Zügen gebilligt werden, so wäre das normale Verhältniss zwischen Schuld und Verursachung wieder hergestellt, die Frage nach der Verantwortung bei nicht erfolgter Abwendung eines Erfolges von der über Causalität durch Unterlassung zu trennen, und der Versuch, die ihr vorangehende Handlung in mehr oder minder beschränktem Maasse für die Quelle des Uebels zu erklären, definitiv aufzugeben. Wir würden weiter einen Unterschied zwischen dem Beamten, welcher den promissorischen Diensteid mit einer reservatio mentalis leistet, und dem, in welchem der verbrecherische Gedanke erst nachträglich entsteht, nicht zu statuiren haben. Endlich brauchten wir die rechtliche Verantwortlichkeit des Bahnwärters, welcher seine Obliegenheiten nicht erfüllt, nicht auf die Fiktion zu gründen, dass er geeignetere Kräfte verdrängt, die Straflosigkeit dessen, welcher seinem Versprechen, Hilfe zu entsenden, nicht nachkommt, nicht auf die Vermuthung zu stützen, dass sein Thun für die Unterlassung Anderer ohne Einfluss geblieben sei. Damit wollen wir jedoch keineswegs die Hoffnung aussprechen, eine leichte Lösung für die zahlreichen Controversen in der Causalitätslehre, deren Besprechung ausserhalb unserer Aufgabe liegt,[123] vorbereitet zu haben.

[123] Wir hätten geglaubt, anstatt der objektiven Seite des Versuches die Causalitätslehre zu behandeln, hätten wir uns nicht darauf beschränkt, die Gesichtspunkte hervorzuheben, die für das Verständniss des potentiellen Causalzusammenhanges präjudiciell sind. Eben deshalb haben wir uns auch jeder Untersuchung enthalten, ob und in-

Wenigstens nach den Erfahrungen, die wir an uns selbst mit dem Verhältniss von Grund und Folge gemacht haben, will das Gebiet, auf das es irgend wie hineinspielt, Schritt für Schritt recht mühsam erkämpft sein.

Während bei der aktuellen Causalität die Ereignisse bereits in Wirklichkeit übergegangen sind, haben sie bei der potentiellen Causalität, der wir uns nunmehr zuwenden, den Boden der Möglichkeit noch nicht verlassen. Wenn wir daher dort den Causalzusammenhang als den Zusammenhang zwischen dem conkreten Grund und seiner conkreten Folge definirt haben, werden wir ihn hier als den zwischen dem abstrakten Grund und seiner abstrakten Folge charakterisiren müssen. Gehört aber die Wirklichkeit der Vergangenheit, die Möglichkeit der Zukunft an, so haben wir bei der Untersuchung der potentiellen Causalität einen Weg einzuschlagen, der dem, auf welchem wir die aktuelle Causalität bis zu ihrem Ursprung verfolgt haben, geradezu entgegengesetzt ist. Dort sind wir von dem letzten Glied in der Kette ausgegangen, um zu dem Grunde hinunterzusteigen, hier haben wir von dem Grunde auszugehen, um zum letzten Gliede hinaufzusteigen. Dort handelt es sich um Schlüsse in die Vergangenheit, hier um solche in die Zukunft. Wir sind daher, wenn ein versuchtes Delikt in Frage steht, genöthigt, uns auf den Standpunkt der verbrecherischen That zu stellen, um uns an der Hand der Erfahrung ein Urtheil über deren causale Natur zu bilden. Damit gelangen wir wieder bei dem Satze an, den wir bereits an einem früheren Ort vertheidigt haben: Verhält sich das, was geschehen ist, zu dem, was beabsichtigt war, wie Grund zur Folge in der Abstraktion, so hat der dolus sich in der dem Versuch eigenthümlichen Thatseite verkörpert..[124]

wieweit die in der Controverse über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung anderweitig gebrauchten Beispiele das Verhältniss von Grund und Folge mehr oder minder rein aufweisen. Mehrfach ist bei ihnen Grund und Folge und Veranlassung und Folge als gleichbedeutend angesehen worden.

[124] S. oben S. 419.

Der Umstand, dass der Uebergang der Möglichkeit in die Wirklichkeit bald in einem früheren, bald in einem späteren Stadium ausbleibt, ist dabei weit eher geeignet, unsere Aufgabe zu erleichtern, anstatt sie zu erschweren. Das abstrakte Bild, das wir uns zu machen haben, wird um so klarer, je grösser die Strecke ist, auf welcher die potentielle Causalität mit der aktuellen zusammenfällt. Wer ein geladenes Terzerol, dessen Mechanik versagt, auf einen Anderen abdrückt, ist über die Herstellung eines Grundes, welcher in der Abstraktion den Tod eines Menschen zur Folge haben kann, nicht hinausgekommen, und es unterliegt deshalb der gesammte potentielle Causalzusammenhang unserer Prüfung. Würde dagegen durch einen Schuss ein Schrotkorn in die Lunge gedrungen sein, so würde die lebensgefährliche Verletzung jeden Zweifel über die objektive Qualifikation der That beseitigen.

Der Vereinfachung unserer Aufgabe, welche der Uebergang einer Reihe von Ereignissen von der Möglichkeit in die Wirklichkeit in sich schliesst, steht die sich namentlich bei der potentiellen Causalität fühlbar machende Erschwerung gegenüber, dass die Strecke zwischen Grund und Folge bald eine recht geringe, bald eine recht beträchtliche Ausdehnung aufweist. Häufig fallen beide nahezu zusammen, häufig liegen sie so weit auseinander, dass man versucht sein könnte, das zwischen ihnen bestehende Band für noch nicht geknüpft zu erachten. Wenn wir, um bei dem eben gebrauchten Beispiel stehen zu bleiben, uns dahin ausdrücken, dass ein Schuss den Tod zur Folge haben kann, so ist auch der Abstraktion nach der Eintritt der Veränderung vor der Berührung des Körpers nicht möglich. Aber der Zeitraum zwischen dem einen und anderen Ereigniss ist so unbedeutend, dass der Moment, in welchem der abstrakte Grund gelegt ist, mit dem, in welchem die Möglichkeit der Folge gegeben ist, sich der sinnlichen Wahrnehmung nach anscheinend deckt. Wir sind deshalb ausser Stande, die Beziehung zwischen beiden in der Weise zu lösen, dass die Möglichkeit der Folge ausbleibt, nachdem es bereits zum

abstrakten Grunde gekommen ist. Anders steht es in den Fällen, in welchen das eine Glied dem anderen in grösserer zeitlicher Distance nachfolgt. Der Verbrecher zieht es vor, anstatt den Feind, dem er den Tod geschworen, in den Strom zu stossen, ein Glied aus der Schiffsbrücke zu entfernen, die dieser um Mitternacht zu passiren hat, oder es beliebt ihm, anstatt die Brandfackel in Getreidevorräthe zu werfen, vor Sonnenaufgang einen Hohlspiegel aufzustellen, den er regelrecht gegen den zu entzündenden Körper dirigirt, oder er erachtet es für rathsamer, das vergiftete Getränk dem aufwartenden Diener in die Hände zu spielen, als durch physischen Zwang zum Genuss zu nöthigen. Man wäre vielleicht geneigt zu glauben, dass hiermit der abstrakte Grund noch nicht gelegt sei; dennoch ist dies der Fall. Die Fähigkeit, die beabsichtigte Veränderung hervorzurufen, wohnt jedem der bezeichneten Akte inne. Nur die Möglichkeit des Eintritts der Folge bleibt hier mehr oder minder lange suspendirt. So lange die Brücke nicht betreten, der Hohlspiegel von den Sonnenstrahlen nicht berührt, das Gift nicht eingenommen wird, ist zwar die Möglichkeit des Unterganges eines Rechtsgutes noch nicht eingetreten, die aber, dass es hierzu kommen wird, bereits vorhanden. Haben wir kein Bedenken, den aktuellen Causalzusammenhang zwischen dem erfolgten Tode oder dem eingetretenen Brande und den Handlungen, deren wir Erwähnung gethan haben, anzunehmen, wenn es sich um den Thatbestand der Vollendung handeln würde, so sind wir auch nicht berechtigt, den potentiellen Causalzusammenhang in Abrede zu stellen, wenn uns die Beurtheilung des Thatbestandes des Versuches obliegt. Waltet daher zwischen den Fällen, mit denen wir uns hier beschäftigen und denen, in welchen That und Folge zeitlich dichter neben einander liegen, nur eine temporelle Verschiedenheit ob, so ist deren Erörterung für das begriffliche Wesen des Versuches ohne Bedeutung. Dagegen erscheint mir die faktische Verschiedenheit für die Frage nach dem strafbefreienden Rücktritt von ausserordentlicher Wichtigkeit zu sein; wir haben

es hier mit einer Begehungsweise zu thun, die es dem Verbrecher ermöglicht, den Eintritt der Folge, und zwar der Potenz nach, zu verhindern, obwohl er bereits den keimenden Saamen ausgestreut hat. Wir werden hierauf später zurückkommen. Hier wollen wir uns mit der Andeutung begnügen, dass, wenn irgend ein Theil der Versuchslehre der Revision bedürftig ist, der, welcher über den Rücktritt handelt, obenansteht.[125] Mir wenigstens will es scheinen, dass wir uns in den erheblichsten Widersprüchen bewegen, wenn wir an der einen Stelle lehren: plus est hominem exstinguere veneno, quam occidere gladio, und an der anderen den Giftmischer insofern milder behandeln, als er über Mittel verfügt, die Folgen seiner That zu beseitigen, die dem sicarius nicht zu Gebote stehen; wenn wir beim délit manqué den Rücktritt nicht statuiren, das Benefiz aber dem zugestehen, der dem verbrecherischen Ziele noch ein gut Stück näher getreten ist;[126] wenn wir endlich demjenigen, welcher Gift beibringt in der Absicht zu tödten, das gewähren, was wir dem, der das Nämliche thut in der Absicht, die Gesundheit zu beschädigen, versagen.[127]

Irrig wäre aber die Annahme, dass dem Versuch die aktuelle Causalität gänzlich abgehe. Wir werden uns viel-

[125] v. Kunowsky hat insoweit nicht Unrecht, wenn er erklärt, dass die Strafaufhebungsgründe, wie sie der § 46 R.-Str.-G. kennt, mit unserem Rechtsbewusstsein nicht im Einklang stehen. Verhandlungen des deutschen Juristentages. Sitzung am 29. August 1876 Bd. II S. 255. 256. 257.

[126] Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. V S. 592. 593. Wer vorbeischiesst hat danach das Benefiz nicht; wer aber besser zielt und die Wunde curirt, soll aus Gründen des Rechts und der Politik Anspruch auf Straffreiheit haben. Damit stimmt die herrschende Ansicht überein.

[127] Schwarze: Commentar S. 572. „Eigenthümlich gestaltet sich der Fall der thätigen Reue (scil. im Fall des § 229). Ist das Gift beigebracht, so liegt nach § 229 ein vollendetes Delikt vor. War das Gift in der Absicht der Tödtung beigebracht, so kann der Erfolg noch abgewendet werden und der § 46 zur Anwendung gelangen.“ De lege lata lässt sich hiergegen m. E. nichts erinnern.

mehr correkter dahin auszudrücken haben, dass der Gesichtspunkt, von dem aus wir sie zu würdigen haben, uns verhindert, darauf Rücksicht zu nehmen. Würde es sich um die Beurtheilung einer Körperverletzung handeln, so hätten wir ganz den nämlichen objektiven Zusammenhang zwischen der That und dem von ihr ins Leben gerufenen Erfolg als einen aktuellen zu bezeichnen, den wir, wenn die Sachlage uns nöthigt, von dem Verbrechensbegriff der Tödtung ausgehen, als einen potentiellen aufzufassen haben.

Nur ein kleiner Schritt zurück — und man gelangt von dem Gebiete, welches von dem Verhältniss von Grund und Folge beherrscht wird, zu dem, welches Veranlassung und Folge einnimmt. Wird die Ansicht, die wir für die Dolus-, die Causalitäts- und die Versuchslehre vertreten, gebilligt, so bezeichnet die Grenzmarke, welche das eine von dem anderen scheidet, den Punkt, jenseits dessen wir nur noch culposen Delikten begegnen können.[128] Den Unterschied zwischen Grund und Veranlassung sehen wir aber darin, dass jener die Quelle eröffnet, welche ihrer Natur nach die Fähigkeit besitzt, Folgen zu entwickeln, diese die Brücke schlägt, welche zur Bildung eines Grundes führt.

In vielen Fällen werden wir freilich in unserer Entscheidung nicht sonderlich schwanken. Dass der Municipalbeamte, der einen Sklaven zum Pfande nimmt, der sich aus Aerger über die ihm angethane Behandlung erhängt;[129] dass der, welcher die muthigen Rosse eines Wagens scheu macht, so dass die Insassen, von Bestürzung ergriffen, herunterspringen, und der eine oder andere von ihnen eine

[128] Um Missverständnissen vorzubeugen, heben wir ausdrücklich hervor, dass wir keineswegs bestreiten, dass im Verhältniss von Beweggrund und Folge die Veranlassung aus einer dolosen Willensregung hervorgehen kann — cf. unsere Ausführungen über den Betrug im nächsten § — sondern dass wir uns nur dagegen aussprechen, dass in dem von Grund und Folge die Absicht das Gebiet der Veranlassung mit umfasst.

[129] L. 29 § 7 D. 9. 2 ad leg. Aquil.

lethale Verletzung erleidet; dass der Räuber, welcher auf einen Wanderer losgeht, der in seiner Angst die Flucht ergreift und sich dabei derart anstrengt, dass er sich eine Lungentzündung zuzieht, der er zum Opfer fällt;[130] dass der, welcher einen Menschen an einen Baum bindet, in welchen bald nachher der Blitz einschlägt,[131] — nicht den Grund zu dem eingetretenen Tode gelegt, sondern nur die Gelegenheit gewährt hat, welcher der Grund seine Entstehung verdankt, wird wohl keiner weiteren Auseinandersetzung bedürfen. Wir wollen deshalb ein schwierigeres Beispiel der Beurtheilung unterstellen. Nehmen wir an, es habe der Wärter eines tobsüchtigen Irren, der ihm mancherlei Verdruss bereitet und ihm die Ruhe bei Tag und Nacht raubt, wohlbekannt mit dessen Neigung, seinem Leben ein Ende zu machen, einen Strick in die Zelle gelegt, um sich seiner zu entledigen, ohne seine Hände mit Blut beflecken zu müssen. Was er vorausgesehen hat, ist geschehen. Der Wahnsinnige wird wenige Stunden darauf erhängt vorgefunden. Sehen wir in der Handlungsweise des Wärters den Grund des Todes, so würden wir ihn wegen Mordes bestrafen müssen. Das Darreichen des Seiles, von welchem kein Gebrauch gemacht worden wäre, würde als versuchte Tödtung zu qualificiren sein. Sind wir dagegen der Ansicht, dass der Wärter den Tod nur veranlasst hat, so wäre er wegen culposer Tödtung zur Rechenschaft zu ziehen, und seine That wäre, sofern sie nicht von weiteren Folgen begleitet gewesen wäre, nur disciplinarisch zu ahnden. Ich halte die letztere Entscheidung für die richtigere. Die Handlung des Wärters hat nicht die Fähigkeit den Tod hervorzurufen, sondern nur die, eine Tödtung zu vermitteln d. h. zu einem Grunde zu führen, der seinerseits geeignet ist, die Folge nach sich zu ziehen. Sie ist daher als Veranlassung zu charakterisiren. Zwar widerstrebt es unserm

[130] cf. Geyer: Zur Lehre vom dolus generalis in Goltdammers Arch. pro 1865 S. 317.

[131] cf. Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 311.

Gefühle, von einer Fahrlässigkeit zu sprechen, wenn wir wissen, dass der der Aussenwelt gegebene Impuls einer dolosen Willensregung entspringt. Allein, wenn unsere Auffassung über das Wesen der Absicht richtig ist, so hätten wir es hier nur mit ihrem Scheine zu thun. Bezeichnen wir mit Absicht die Willensqualifikation, kraft deren die Möglichkeit in Wirklichkeit übergehen soll,[132] so verbietet es sich, wenn wir nicht den nämlichen Ausdruck in einem verschiedenen Sinne anwenden wollen, von selbst, von ihr zu reden, wenn der Boden der potentiellen Causalität noch nicht betreten ist.

Daraus ergiebt sich denn der Schluss, dass das Gebiet der Culpa ungleich umfassender ist als das der Absicht. In den aktuellen Zusammenhang theilen sich beide Schuldarten, den potentiellen nimmt allein die Absicht, die jenseitige Strecke allein die Fahrlässigkeit für sich in Anspruch. Wir können daher nicht behaupten, dass die vorsätzliche und die fahrlässige Tödtung den gleichen Thatbestand haben, und sich nur in der subjektiven Sphäre von einander unterscheiden,[133] vielmehr sind wir der Meinung, dass die culpose Begehung ausschliesslich einen Kreis beherrscht, in den überzugreifen es dem dolus versagt ist. Innerhalb desselben sprechen wir meines Erachtens zu Unrecht von einem Causalnexus. Wir werden kein Bedenken tragen, denjenigen, welcher ein geladenes Gewehr in dem Zimmer, in welchem Kinder spielen, ohne irgend welche Vorsichtsmassregeln hinstellt, wegen Fahrlässigkeit zu verurtheilen, wenn es der Zufall zu seinem Unglück will, dass sein Leichtsinn sich bitter rächt. Aber ebensowenig werden wir geneigt sein, der Anklage das Wort zu reden, wenn

---

[132] S. oben S. 461. 462.

[133] Die communis opinio ist mir hierbei freilich nicht günstig; soweit ich sehe wird durchweg die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt. cf. Hefter: Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts § 233 S. 188. Berner: Lehrbuch S. 456. v. Holtzendorff: Verbrechen und Vergehen wider das Leben in dessen Handbuch S. 412. 413. Meyer: Lehrbuch § 85 S. 367—371 u. a. m.

etwa die in der Nacht eingestiegenen Diebe die Waffe zu stehlen beschliessen und dabei eine Selbstentladung verursachen, welche einem unter ihnen das Leben kostet. Da die Frage nach der Verschuldung mit der nach dem Causalzusammenhang keine Gemeinschaft hat, so haben wir nur die Wahl, denselben in beiden Fällen anzunehmen oder ihn in beiden Fällen in Abrede zu stellen. Entschliessen wir uns zu der ersteren Alternative, so müssten wir einer Thatsache eine Keimkraft beilegen, deren sie ihrer Natur nach ermangelt. Wollten wir dies aber auch thun, so geriethen wir wieder in den Widerspruch hinein, ihre Triebfähigkeit nicht aus ihr heraus zu beurtheilen, sondern sie in sie hinein zu interpretiren. Je nachdem späterhin das Gewehr unter die Finger von Kindern oder von Erwachsenen geriethe, würde sie den causalen Charakter, den sie von Hause aus nicht hat, annehmen oder den, welchen sie von Hause aus hat, wieder verlieren. Entschliessen wir uns zur letzteren Alternative, so könnten wir die Verantwortlichkeit nicht darauf stützen, dass ein Causalzusammenhang zur Entstehung gebracht, sondern dass der Entstehung eines Causalzusammenhanges Vorschub geleistet worden ist. Nicht der Grund zu einer Veränderung ist gelegt, sondern die Veranlassung zu einem Grunde ist geboten — ein Vorstadium, auf welchem die Absicht machtlos ist, sich zu verkörpern.[134]

---

§ 19.

Der Umfang des Versuchsgebietes.

Bei der Frage nach dem Umfang des Versuchsgebietes brauchen wir uns nicht lange aufzuhalten. Die Controversen, welche der bisherige Begriff in seinem Gefolge hatte,[1]

---

[134] Die auf diesem Gebiete liegenden Unterlassungen haben, als ihrer Natur nach causalitätslos, für die Versuchslehre kein Interesse.

[1] cf. Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II S. 282. 283.

sind mit ihm für uns beseitigt, die, welche der neue in sich birgt, noch im Schoosse der Zukunft gebettet.[2] Hatte vorher die Wissenschaft die Aufgabe, unerträglichen Consequenzen zu begegnen,[3] so hat sie nunmehr die, die in der Prämisse liegenden Schwierigkeiten zu überwinden. Denn die Lehre, welche erklärte: Alle dolosen Delikte lassen den Versuch zu,[4] war, wie wir gern zugestehen, recht einfach, nur kamen die räthselhaften Ausnahmen als der hinkende Bote nach[5]; die, welche wir vertreten, ist, wie wir unumwunden einräumen, recht difficil, dafür ist uns aber auch jede Ausnahme erspart. Ging früher die Untersuchung in die Breite, so muss sie nunmehr in die Tiefe gehen. Kam es vorher darauf an, das Consummationsmerkmal der einzelnen Delikte festzustellen, um im Anschluss daran zu erklären: Das Stadium, welches davor liegt, ist Versuch — bisweilen aber auch nicht Versuch,[6] so gilt es nunmehr, das Verhältniss zu durchdringen, mit welchem der Versuch steht und fällt, um mit dem Begriff den Umfang als definitiv und unwiderruflich gegeben zu bezeichnen. Wir würden daher entweder in überflüssige Wiederholungen oder in unwissenschaftliche Casuistik verfallen, wollten wir uns nicht hier darauf beschränken, gewissermassen nur die ergänzenden Nachträge zu den bereits früher aufgestellten leitenden Gesichtspunkten zu liefern.

Aus der subjektiven Seite des Versuches — und hierin

---

[2] Wir würden glauben, uns in kurzsichtiger Verblendung Illusionen hinzugeben, wollten wir annehmen, dass der von uns aufgestellte Begriff von dem Schicksal verschont bleiben werde, zu Controversen Veranlassung zu bieten.

[3] S. oben S. 120—127.

[4] Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I S. 54. Schwarze: Commentar S. 112. Hälschner: System Bd. I S. 200. Meyer: Lehrbuch S. 192 u. s. w.

[5] S. oben S. 119 i. f. und fg.

[6] cf. Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III § 3 Umfang und Anwendbarkeit des Versuchsbegriffs S. 170—180 und Hiller: Die Versuchslehre des österreichischen Strafrechts in Grünhuts Zeitschr. Bd. V (1878) S. 289 fg.

stimmen wir mit Theorie und Praxis überein[7] — folgt, dass weder ein Versuch eines culposen Deliktes noch der culpose Versuch eines dolosen Deliktes denkbar erscheint. Absicht und Fahrlässigkeit stossen sich gegenseitig ab.

Aus der objektiven Seite des Versuches — und hierin weichen wir von Wissenschaft und Gesetzgebung ab — folgt, dass dessen Umfang mit dem Gebiete congruirt, welches durch das Verhältniss von Grund und Folge beherrscht wird. Die sich hieraus ergebenden drei Fundamentalsätze haben wir bereits bei Entwickelung des Begriffes aufgestellt; es liegt uns deshalb hier nur noch ob, deren Tragweite zu erörtern.

Die Verbrechen, innerhalb deren wir dem Versuch bedingungslos begegnen, entziehen sich ihrer Mannigfaltigkeit wegen jeder Classifikation. Die wissenschaftliche Aufgabe, deren Lösung sie uns zur Pflicht machen, besteht vielmehr in der Erledigung der Präjudicialfrage, ob die Veränderung in der Aussenwelt, mit welcher der Thatbestand abschliesst, sich nach der gesetzgeberischen Intention erst mit dem Eintritt einer aus der verbrecherischen That entspringenden Folge oder bereits mit der verbrecherischen Handlung selbst erfüllt. Im ersteren Falle würden wir die Möglichkeit eines Versuches zu bejahen, im letzteren zu leugnen haben. Um der Praxis zu Hilfe zu kommen, wollen wir unsere Ansicht an zwei Beispielen veranschaulichen, von denen das eine durch die Präjudicien der Gerichtshöfe aller Schwierigkeiten für unsere Materie entkleidet ist, das andere dagegen subjektiv und objektiv gewürdigt sein will.

Es schreibt der § 183 R. St. G. vor:

Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Aergerniss gibt, wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark bestraft.

---

[7] Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 24—29 S. 36—42. Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 14. Hälschner a. a. O. S. 172. 178. Geyer: Erörterungen S. 88. Schwarze: Commentar S. 114. 115 u. s. w.

Nach der Wortfassung könnte es den Anschein gewinnen, als würde das Consummationsmerkmal in der Erregung eines Aergernisses bestehen. Die Zeiten jedoch, in denen einzelne Gerichtshöfe über der grammatischen Auslegung die logische vergassen, sind vorüber. Ein Erkenntniss, worin die Freisprechung damit motivirt werden würde, dass der Angeklagte, weit entfernt, das Sittlichkeitsgefühl der Anwesenden zu beleidigen, ihnen einen heiteren Genuss bereitet habe,[8] würde heut zu Tage als juristisches Curiosum besprochen werden. Würde aber die den Sinn des Gesetzes verkennende Interpretation die richtige sein, so würde ein Versuch vorliegen, sobald die unzüchtige Handlung zu einem Aergerniss nicht geführt hat. Ob dabei das positive Recht uns zur Bestrafung ermächtigt, ist eine davon verschiedene Frage. Wird jedoch anerkannt, dass der § 183 alle Handlungen, welche geeignet sind, einen sittlichen Anstoss zu erregen, bedrohe, so ist damit der Boden entschwunden, auf welchem die Thatseite des Versuches ruht.

Zu grösseren Zweifeln giebt der § 92 Nr. 3 Veranlassung, indem er anordnet:

> *Wer vorsätzlich ein ihm von Seiten des deutschen Reiches oder von einem Bundesstaate aufgetragenes Staatsgeschäft mit einer anderen Regierung zum Nachtheil dessen führt, der ihm den Auftrag ertheilt hat, wird ..... bestraft.*

In objektiver Beziehung erheben sich Bedenken insofern, als man von vornherein schwanken könnte, ob der Thatbestand der Vollendung von dem Eintritt eines Nachtheiles abhängig ist oder nicht. Erwägen wir, dass der § 92 Nr. 1 und 2 von einer Gefährdung der Interessen des deutschen Reiches und der einzelnen Bundesstaaten handelt, so rechtfertigt der Gegensatz, in welchem der § 92 Nr. 3

[8] Ich habe vor einer ganzen Reihe von Jahren von einem solchen Erkenntniss durch einen Richter Kunde erhalten, der mit seiner entgegenstehenden Ansicht im Collegium nicht durchgedrungen ist.

zu ihnen steht, die Ansicht der Rechtslehrer, welche zur Consummation einen entstandenen Schaden verlangen.[9] Von der Thatseite aus würde daher der Annahme eines Versuches des im § 92 Nr. 3 vorhergesehenen Verbrechens kein Hinderniss entgegenstehen. In subjektiver Beziehung hingegen liegt die Sache verwickelter. Das Gesetz verlangt für die im § 92 zusammengefassten Thatbestände als gemeinschaftliches Requisit die „Vorsätzlichkeit." Im § 92 Nr. 1 wird aber von ihm der dolus noch näher als das Gefährdungsbewusstsein charakterisirt. Läge es schon danach nahe, auch in den übrigen Fällen des § 92 der einheitlichen Interpretation eines vom Gesetz gebrauchten Ausdruckes wegen den Vorsatz im nämlichen Sinne aufzufassen, so scheint noch überdies die Auslegung, welche der analoge § 71 des preuss. Straf.-G.-B. in der Judikatur erfahren hat,[10] hierfür zu sprechen. Es ergeben indess die im Goltdammer'schen Archiv publicirten Gründe des Urtheils des Ober-Tribunals vom 10. November 1856, dass die Nichtigkeitsbeschwerde zwar ihrem Wortlaut nach den § 71 im Allgemeinen, ihrem Sinne nach aber nur den § 71 Nr. 1 im Speciellen als verletzt gerügt hat, so dass sich die Entscheidung innerhalb der dadurch gebotenen engeren Grenzen bewegt hat.[11] Der Ansicht der Commentatoren, welche das Präjudiz des Ober-Tribunals von dem einen Thatbestand auf den anderen ohne Weiteres übertragen,[12] kann daher nicht beigetreten werden. Aber auch die Rechtslehrer, welche sich ausschliesslich von der Wortfassung des Gesetzes leiten lassen, scheinen mir auf dieselbe zu Unrecht das entscheidende Gewicht zu legen. Wird die Vorsätz-

---

[9] Oppenhoff: Commentar zu § 92 Note 7. Schwarze: Commentar S. 328. Schütze: Deutsches Strafrecht § 62 S. 245.

[10] Erk. des Ob.-Trib. vom 10. November 1856 in Goltdammers Arch. Bd. V S. 93.

[11] Art. 111 des Ges. vom 3. Mai 1852.

[12] Rüdorff: Str.-G.-B. für das deutsche Reich Note 2 zu § 92 S. 253.

lichkeit als das Bewusstsein von einem bevorstehenden Nachtheil qualificirt,[13] so ist wie überall, wo es sich um die Reflexion über Dinge handelt, die der Zukunft angehören, nur ein doppelter Standpunkt denkbar. Entweder muss man das Bewusstsein von der Möglichkeit des Schadens für ausreichend erachten — und dann wird der Strafrahmen zu weit gezogen, oder man muss das Bewusstsein von der Nothwendigkeit des Schadens verlangen — und dann wird er zu eng gezogen. In jenem Fall wird er zu weit gezogen, weil wohl Jeder, der je in der Lage war, fremde Interessen zu verwalten, aus eigener Erfahrung zu bestätigen vermag, dass die Mandatare von der Natur am glücklichsten veranlagt sind, welche die Sorge, ob denn doch nicht aller Vorsicht ungeachtet das Geschäft zum Nachtheil des Machtgebers ausschlagen werde, nicht weiter drückt. Der erfahrenere und gewissenhaftere Diplomat wäre mithin der Bestrafung nach § 92 Nr. 3 ausgesetzt, und der ungewandtere und minder bedenkliche, welcher mit den unzähligen Möglichkeiten nicht rechnet, welche oft unser Werk durchkreuzen, jeder Verantwortung überhoben. In diesem Falle wird der Strafrahmen zu eng gezogen, weil das Bewusstsein, dass die Zukunft Ereignisse mit sich führen kann, welche die Folgen des Treubruches paralysiren, ausreichen würde, den erforderlichen dolus für nicht vorhanden zu erklären.[14] In beiden Fällen würde der Versuch des Verbrechens nicht construirbar sein; wer für den Versuch die Absicht als nothwendig hinstellt, operirt mit verschiedenen Begriffen, wenn er sich nebenher mit der Reflexion bescheidet.[15] Dem-

---

[13] Oppenhoff a. a. O. Note 6.

[14] Nach meiner Ansicht gebraucht somit der § 92 das Wort Vorsatz in jeder Nummer in einem verschiedenen Sinn, im § 92 Nr. 1 ist Vorsatz gleich dem Gefährdungsbewusstsein, im § 92 Nr. 2 gleich der Absicht, qualificirt durch das Gefährdungsbewusstsein, im § 92 Nr. 3 gleich der Absicht.

[15] Das geschicht freilich ganz allgemein. Die Lehre, dass alle dolosen Verbrechen einen Versuch zulassen, ist nicht anders aufrecht zu erhalten. Mir ist wenigstens die Absicht, die den Ehebrecher leiten sollte, unerfindlich.

gemäss muss ich es als einen Irrthum bezeichnen, wenn bisweilen die Ansicht ausgesprochen wird, dass der Gesetzgeber eine Strafvorschrift dadurch verschärft, dass er der Absicht das Bewusstsein substituirt.[16] Wir überzeugen uns von ihrer Unrichtigkeit, wenn wir erwägen, dass wir denjenigen, welcher einem Anderen ein spitzes Eisen ins Gesicht schleudert, von dem Bewusstsein erfüllt, möglicher Weise das Auge zu verletzen, nicht unter Anklage stellen können, wenn er, gleichviel in Folge welcher Umstände, sein Ziel fehlt, während wir ihn wegen eines Versuches der im § 225 vorhergesehenen Körperverletzung zur Rechenschaft ziehen würden, hätte er in der Absicht gehandelt, den Verlust des Sehvermögens herbeizuführen.[17] Häufig wird nur dadurch die Sache verdunkelt, dass das Gesetz neben der Absicht das Bewusstsein zu einem Erforderniss des s. g. subjektiven Thatbestandes macht, und dadurch, dass es das letztere Moment betont, das erstere in den Hintergrund drängt. Wir brauchen gar nicht weit zu gehen; der benachbarte § 92 Nr. 2 weist die Erscheinung nach, die uns nur allzuleicht irreleitet. Danach macht sich derjenige des Landesverrathes schuldig, welcher „vorsätzlich zur Gefährdung der Rechte des deutschen Reiches oder eines Bundesstaates im Verhältniss zu einer anderen Regierung die über solche Rechte sprechenden Urkunden oder Beweismittel vernichtet, verfälscht, unterdrückt." Wird die Urkunde in die Flamme geworfen, so ist die Absicht auf den Eintritt der Folge gerichtet, zu der die That den Grund gelegt hat. Das Gesetz verlangt mithin hier zum dolus ausser der Absicht, das Dokument zu vernichten, das Bewusstsein von dessen Erheblichkeit für die Staatsinteressen.

Damit wäre der Nachweis erbracht, dass der § 91 Nr. 3 seines Wortlautes ungeachtet, sich nicht mit der

---

[16] Oppenhoff a. a. O. Note 14 zu § 308.

[17] Dies wird auch von Oppenhoff als richtig anerkannt cf. Note 17 zu § 224 in Verbindung mit Note 2 zu § 225.

Reflexion begnügt, sondern das subjektive Moment in den Verbrechensbegriff aufgenommen hat, dessen der Versuch nicht entbehren kann. Die wissenschaftliche Aufgabe, welche unsere Definition uns auferlegt, wäre nunmehr erst erledigt.

Sind die Vorarbeiten geschehen, so sind zugleich auch alle weiteren Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt. Mit der Prüfung des Thatbestandes hat die Untersuchung ihren Abschluss erreicht. Je nach ihrem Ergebniss beantwortet sich die Frage, ob das Delikt, mit dem sie sich beschäftigt hat, die Annahme eines Versuches zulässt oder zurückweist, von selbst. Für die Mühe, welche die Erledigung des Präjudicialpunktes verursacht, werden wir dadurch entschädigt, dass wir der, die gewonnenen Resultate der Controlle durch unser Rechtsgefühl unterwerfen zu müssen, überhoben sind. Insbesondere ist uns jede Unterscheidung zwischen den Arten der Folgen erspart. Ob die Veränderung, die aus der verbrecherischen That hervorgeht, in dem Eintritt eines durch Geld oder Geldeswerth auszugleichenden Schadens oder in einer irreparabelen Rechtsverletzung, ob in dem einer Naturursache, gegen deren Wirkung wir machtlos sind, oder in dem eines Ereignisses, welches durch menschliche Kraft wieder rückgängig gemacht werden kann, besteht, ist für den Begriff des Versuches und damit auch für dessen Umfang ganz bedeutungslos. Nicht minder ist es in unseren Augen gleichgiltig, ob die Folge in der Sinnenwelt oder auf geistiger Sphäre sich bemerklich macht.[18] Um es nicht an einem Beispiel in letzterer Beziehung fehlen zu lassen, heben wir die Störung des Gottesdienstes hervor. (§ 167.) Wir brauchen nur den Fall unterzustellen, dass Jemand, anstatt durch wüstes Geschrei die Liturgie zu unterbrechen, es vorzieht, einen explosionsfähigen Körper auf die Kanzel zu werfen, damit der Prediger während des Gottesdienstes darauf trete und dadurch eine Detonation hervorrufe. Entspräche der Erfolg seiner Absicht nicht, sei es, dass der Sprengstoff durch

---

[18] Dies gegen Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I § 1 S. 1.

die Feuchtigkeit gelitten hat, sei es, dass er vom Fusse des Geistlichen unberührt bleibt, so würden wir damit den Versuch eines Deliktes construirt haben, dessen Consummationsmerkmal nicht in einer der Sinnenwelt angehörigen Erscheinung besteht.*

Die Verbrechen, innerhalb deren wir dem Versuch bedingt begegnen, sind meines Erachtens dadurch ausreichend gekennzeichnet, dass ihr Consummationsmerkmal in einer Wirkung besteht, die sich auf direktem und indirektem Wege herstellen lässt. Jedes Unternehmen, der Rechtsprechung dadurch eine Erleichterung zu bieten, dass die hierher gehörigen Delikte aufgezählt werden, dürfte deren Wesen verkennen. Ist ihr Kreis in dem Maasse erweiterungsfähig, in welchem uns die Beherrschung der Kräfte der Natur gelingt,[19] so würden wir, selbst wenn wir uns einer Aufgabe, durch welche die Commentatoren dem Bedürfniss der Praxis Rechnung zu tragen pflegen, unterziehen möchten, Gefahr laufen, dass der morgige Tag das Werk modificirt, das der heutige aufbaut.[20] Wir bedürfen aber auch wohl hier keiner Hilfsmittel. Beliebt es dem Verbrecher auf dem Wege von Ursache und Wirkung vorzugehen, so würde die Erwägung, dass Handlung und That in dem correspondirenden Verhältniss stehen müssen, ausreichen, die Entscheidung des Falles ausser Zweifel zu stellen. Die Bedingung, von welcher die Möglichkeit des Versuches abhängt, wäre nicht erfüllt, und die Möglichkeit, das Delikt auch durch einen anderen modus procedendi zu verüben, wäre für den vor-

---

* Das ungarische Straf-G. § 190 bedroht ausdrücklich den Versuch der Störung einer gottesdienstlichen Verrichtung cf. S. Mayer: das ungarische Strafrecht S. 95.

19 S. oben S. 350.

20 Vorsichtiger Weise würde man daher derart procediren, dass von den Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in einer Wirkung besteht, diejenigen herausgesucht werden, welche durch das Verhältniss von Grund und Folge begangen werden müssen, und ihnen die alsdann noch übrig bleibenden indistincte gegenüberstellt.

liegenden Sachverhalt ohne Einfluss. Zieht es dagegen der Verbrecher vor, zum Verhältniss von Grund und Folge seine Zuflucht zu nehmen, so würde That und Ursache ihm entsprechen, und wir hätten daher die nämlichen Grundsätze anzuwenden, von denen wir soeben gehandelt haben. Die Bedingung, unter der ein Versuch des Deliktes denkbar ist, wäre eingetreten, und der Umstand, dass es noch eine zweite Begehungsweise zulässt, käme bei der Beurtheilung des conkreten Falles nicht in Betracht. Die individuelle Sachlage entscheidet somit darüber, ob die Kategorie der Verbrechen, mit denen wir es hierbei zu thun haben, in die übergeht, mit denen wir uns zeither befasst haben, oder in die, welcher wir uns nunmehr zuwenden.

Die Verbrechen, innerhalb deren wir die Möglichkeit eines Versuches leugnen, werden von uns dahin charakterisirt, dass sie ihren gesetzlichen Merkmalen nach der Begehungsweise durch Grund und Folge unzugänglich sind. Ihr positives Gepräge hat für uns kein Interesse. Ob ein Commissiv- oder ein Omissivdelikt, ob ein Verletzungs- oder Gefährdungsverbrechen, ob eine crimen commune oder proprium in Frage steht, ob der Thatbestand in dieser oder jener Art construirt ist — dies Alles können wir dahin gestellt sein lassen, sobald wir nur Gewissheit darüber erlangt haben, dass das Verhältniss von Grund und Folge ausgeschlossen bleibt. Im Allgemeinen glauben wir aber die Behauptung vertreten zu können, dass die Lehre der bisherigen Doktrin, soweit sie einzelne Delikte ihrer Regel entzog, die Präsumtion der Richtigkeit für sich hat. Denn die Ausnahmen, die sie statuirte, sind dem Begriff, von dem sie ausging, abgetrotzt, und wir haben es daher bei ihnen mit Concessionen zu thun, die um so schwerer wiegen, je widerwilliger sie gemacht werden. Die Argumente durch die sie die Verbalinjurie zu retten trachtete, haben wir bereits in einem anderen Zusammenhang erwähnt, die, durch welche sie die delicta omissionis dem Versuchsgebiet zu entrücken bestrebt war, weisen nicht minder darauf hin, dass

sie nur der Noth gehorchend, zu einem neuen Bruch mit ihrem Principe sich entschloss.[21]

Wir könnten hiermit unsere Betrachtungen schliessen, würden nicht die combinirten Verbrechensbegriffe uns nöthigen, bei ihnen noch einen Augenblick zu verweilen. Die Frage, ob wir uns bei ihnen für oder gegen die Möglichkeit eines Versuches auszusprechen haben, bedarf um so mehr der Prüfung, als wir anscheinend dem Verhältniss von Grund und Folge innerhalb der einzelnen Theile, aus denen sie sich zusammensetzen, begegnen. Nahe liegt deshalb die Annahme, dass um des einheitlichen Begriffs willen mit dem Versuch des Theiles der Versuch des Ganzen zur Erscheinung komme; um so mehr erachten wir es für geboten, hierauf unsere besondere Aufmerksamkeit zu lenken.

In der Wissenschaft ist der allerdings als nebensächlich behandeltete Streit darüber, was wir unter einem combinirten Verbrechensbegriff zu verstehen haben, noch nicht zum Austrag gebracht.[22]

Zachariae nimmt ein zusammengesetztes Delikt an, wenn dessen Thatbestand in einer Mehrheit von Handlungen besteht.[23] Hiermit kann ich mich nicht einverstanden erklären. Die Urkundenfälschung nach § 267 R.-Strf.-G. setzt zwei Akte voraus, die Fälschung und die Benutzung des

---

[21] Köstlin zählt die qu. Unterlassungen zu den Polizeivergehen — System S. 253 —; wir haben uns aber wohl überzeugt, dass diejenigen Delikte, die man hierzu zählen möchte, nicht ihrer Natur nach den Versuchsbegriff ausschliessen. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 68. 69 argumentirt hier ganz ebenso wie er dies bei der Verbalinjurie gethan hat, indem er davon abstrahirt, dass zwischen dem Entschluss und dem Endpunkt noch ein Zwischengebiet liegt. Luden a. a. O. Bd. I S. 468 Note 4 giebt zwar die Möglichkeit der Unterbrechung des Verhaltens auch hier zu, warnt uns aber, die Sache auf die Spitze zu treiben. Der Begründung von Zachariae schliessen sich im Wesentlichen an: Geyer: Erörterungen S. 88. Schwarze: Commentar S. 114.

[22] Binding a. a. O. Bd. I S. 98 fg. unterscheidet zwar zwischen einfachen und zusammengesetzten Delikten, aber nur zum Zweck seiner Normenlehre, auf die einzugehen, hier nicht der Ort ist.

[23] Zachariae a. a. O. Bd. I S. 203 Note 2.

Dokumentes. Dennoch würde ich nur einen einfachen Verbrechensbegriff als vorhanden annehmen. Das zeitliche Band, das beide mit einander verknüpft, erscheint mir nicht geeignet, die einzelnen Glieder zu einer inneren Einheit zu verschmelzen.

Luden bezeichnet, der Terminologie von Romagnosi folgend, als zusammengesetzte Verbrechen diejenigen, welche durch eine in zeitliche Theile nicht zerlegbare Handlung zur Consummation gebracht werden;[24] danach würden wir aber zu ihnen alle Delikte, deren Thatbestand nicht durch ein gesprochenes Wort erfüllt wird, zu zählen haben.

Schaper,[25] — und damit stimmt die herrschende Meinung überein[26] — stellt den einfachen Delikten die qualificirten gegenüber. Die objektiven Strafzumessungsgründe haben jedoch mit dem Begriff keine Gemeinschaft, und deshalb finden sie innerhalb der einen wie der anderen Kategorie, um deren nähere Bestimmung es uns zu thun ist, im positiven Recht ihre Stelle.[27]

Meyer erachtet den zwischen ihnen liegenden Unterschied für einen vorwiegend formellen;[28] allein die materielle Differenz macht sich dadurch kenntlich, dass durch die Zusammensetzung ein neuer Begriff entsteht. Es ist nicht gleichbedeutend, ob der Gesetzgeber anordnet:

Ist der Diebstahl unter Gewalt verübt, so tritt die Strafe des Raubes ein,

oder ob er den mittels Gewalt verübten Diebstahl für Raub erklärt. In jenem Falle würde die Handlung einen objektiven Erschwerungsgrund bilden, während sie in diesem als ein Theil des Thatbestandes in Betracht kommt.

Wir ersehen daraus, dass ein zusammengesetzter Ver-

---

[24] Luden a. a. O. S. 479. 480.

[25] Schaper: Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 105.

[26] Geib a. a. O. Bd. II S. 184.

[27] cf. z. B. § 178 R.-Str.-G.

[28] Meyer: Lehrbuch § 84 S. 366.

brechensbegriff nicht entsteht, wenn zwischen den einzelnen Theilen nur eine objektive Verbindung stattfindet. Vielmehr ist hierzu die Herstellung einer inneren Verbindung zwischen ihnen erforderlich.

Unter zusammengesetzten Verbrechen verstehen wir daher diejenigen, deren gesetzlicher Thatbestand eine Mehrheit von unter einander in einem subjektiven Zusammenhang stehenden Handlungen voraussetzt. Alle übrigen Verbrechen nennen wir einfache.

Damit ist zugleich die für den Versuch präjudicielle Frage beantwortet. Die zusammengesetzten Verbrechen weisen ihn zurück, weil das subjektive Verhältniss, das sie zu ihrer Existenz bedürfen, sich mit dem objektiven Verhältniss, mit welchem der Versuch steht und fällt, nicht verträgt. Um nicht schon hier unseren Widerspruch gegen die herrschende Ansicht zu begründen, welche den Raub nicht als selbständiges Delikt anerkennt, sondern ihn als qualificirten Diebstahl bezeichnet, wollen wir mit einem Verbrechen exemplificiren, von dem man wohl nicht bestreiten möchte, dass es einen zusammengesetzten Begriff aufweist: der Nothzucht. Würde Jemand eine Frauensperson, um deren Schändung es ihm zu thun ist, überreden, sich auf einen Stuhl niederzulassen, von dem er weiss, dass der Druck des Körpers einen Mechanismus in Bewegung setzt, welcher den freien Gebrauch der Gliedmassen verhindert, so könnte man geneigt sein, von einem Versuch der Nothzucht zu reden, wenn der Apparat wider Erwarten seine Schuldigkeit nicht thut. Allein damit würde man meines Erachtens mit dem § 2 des St.-G.-B. in Conflikt gerathen. So lange der physische Zwang nicht ausgeübt ist, ist es zu einem strafbaren Akt noch nicht gekommen, mit der Anwendung der Gewalt aber, sie geschähe von Körper zu Körper oder in raffinirterer Weise hat die Nothzucht ihren Anfang genommen. Für die Möglichkeit des Versuches bleibt somit kein Raum übrig. Wir werden daher den analogen Fall, den unser Gesetz vorhergesehen hat, nach den gleichen Grundsätzen zu beurtheilen haben. Wer

Betäubungsmittel gegen eine Frauensperson anwendet, um sie im bewusstlosen Zustand zu missbrauchen (§ 177) hat einen Theil der verbrecherischen Strecke zurückgelegt und damit sich, wenn auch nicht einer versuchten, so doch einer begonnenen oder unvollendeten Nothzucht schuldig gemacht. Seine That trägt bereits die Merkmale des Verbrechensbegriffes in seiner ersten Hälfte an sich.

Hiermit steht nicht in Widerspruch, wenn wir bei den Gefährdungsdelikten innerhalb bestimmter Grenzen die Annahme eines Versuches vertheidigt haben.[29] Ihr Thatbestand mag vielfach faktisch eine Mehrheit von Handlungen, die von einem einheitlichen Willen getragen werden, erfordern, aber begrifflich stellt er dies Erforderniss nicht auf. Deshalb zählen wir sie in die Kategorie der einfachen Delikte. Innerhalb derselben macht es aber keinen Unterschied aus, ob die das Consummationsmerkmal ausmachende Folge durch das Gesetz eine objektive oder subjektive Qualifikation erfährt. Wir sprechen uns deshalb für die Möglichkeit des Versuches sowohl in den Fällen aus, in welchen die Veränderung in der Objektivität geeignet ist, Rechtsgüter zu gefährden, als in denen, in welchen in ihr der Thäter ein Mittel erblickt, seine weitergehenden Zwecke zu verfolgen. In ersterer Beziehung haben wir es an Exemplifikationen nicht fehlen lassen, in letzterer Beziehung führen wir den Versicherungsbetrug und den fraudulosen Bankerutt als Beispiele an.

Nach § 265 R.-St.-G. wird bestraft,

„*wer in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr gesicherte Sache in Brand setzt, u. s. w.*"

Der Thatbestand erfordert somit eine Brandstiftung. Sie ist dem Verbrecher das Mittel, zur Erhebung der Versicherungssumme zu gelangen. Aber die Zweckhandlung ist aus dem Verbrechensbegriff ausgeschieden. Mit der Etablirung des Verhältnisses von Grund und Folge ist die strafbare Thätigkeit beendet. Die Vollendung tritt ein, auch wenn jeder Schritt, die materielle Absicht zu verwirklichen, unterlassen wird.[30]

---

[29] S. oben S. 388—395.

Die subjektiven Begriffsmerkmale als vorhanden angenommen, involvirt daher der Versuch der Brandstiftung den des im § 265 vorhergesehenen Verbrechens.

Grössere Schwierigkeiten bereitet der § 209 No. 1 der Reichs-Conkursordnung, welcher vorschreibt:

> *Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen Conkurs eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankeruttes mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben.*

Würde das Gesetz der ratio legis entsprechend,[31] den Thatbestand derart construirt haben, dass die Benachtheiligung der Gläubiger, den erforderlichen dolus vorausgesetzt, unter Strafsanktion gestellt wäre, so würde auch der betrügliche Bankerutt der Annahme eines Versuches nicht widerstehen. Ein combinirter Verbrechensbegriff läge nicht vor, weil die fraudulosen Dispositionen nur in einem zeitlichen Verhältniss zu den beiden Voraussetzungen, der Zahlungseinstellung und der Conkurseröffnung, stehen, von deren Existenz die Anwendbarkeit des § 209 alternativ abhängt.[32] Damit wäre freilich nur die Bedingung, unter der wir uns gegen die Möglichkeit eines Versuches aussprechen, beseitigt; die aber, unter der wir uns für sie erklären, noch nicht gegeben. Sie wäre indess vorhanden, weil mit der Herbeiführung des Schadens der Creditoren die Vorgänge in der Objektivität abschliessen würden, ohne dass daran die etwaige subjektive Qualifikation der That, wonach

---

[30] Oppenhoff: Commentar zu § 265 Note 10. Schwarze: Commentar S. 670.

[31] Köstlin: Darstellung der Lehre vom betrüglichen Bankerott in Goltdammers Arch. Bd. V S. 720 fg. und Bd. VI S. 2 fg.

[32] Beschluss des Ob.-Trib. vom 20. November 1867 in Goltdammers Arch. Bd. XV S. 856. Oppenhoff a. a. O. Note 15—21 zu § 281. Rüdorff a. a. O. Note 4 zu § 281. Auch wenn die Zahlungseinstellung fingirt wird, wird dadurch nur die Basis gewonnen, auf welcher die fraudulosen Maassnahmen der Verwirklichung der Absicht zu dienen geeignet sind.

der Cridar meistens sich von seinen eigenen Vermögensinteressen wird leiten lassen, etwas zu ändern vermöchte. Wir wären daher in der Lage, den Schuldner wegen eines versuchten betrügerischen Bankerutts zu bestrafen, der einen Theil seines Waarenlagers in das Feuer wirft, seine Absicht aber, die Gläubiger zu verkürzen, dadurch nicht erreicht, dass die Masse des Brennmaterials die Flamme erstickt.

Dadurch aber, dass das Consummationsmerkmal in ein zu frühes Stadium vorgerückt ist, müssen wir, da wir nicht gewillt sind, den Versuch einer Handlung anzuerkennen, den der Verheimlichung und Beseitigung von Vermögensstücken in Abrede stellen.[33]

Wie wichtig für die Versuchslehre der Unterschied zwischen den einfachen und zusammengesetzten Verbrechensbegriffen ist, wollen wir nur noch an einem Beispiel nachweisen. Der § 179 unseres Gesetzbuches verordnet:

> *Wer eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, dass er eine Trauung vorspiegelt oder einen anderen Irrthum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hält, wird . . . . . bestraft.*

Würden wir uns für die Annahme eines einfachen Verbrechensbegriffes entscheiden, so würde der Thatbestand in der Erregung einer Täuschung von der Beschaffenheit bestehen, dass der Beischlaf als in der Ehe erfolgt ange-

[33] Dadurch, dass das Gesetz den Erfolg nicht in den Thatbestand aufgenommen, sondern die einzelnen Handlungen umschrieben hat, erwachsen der Praxis eigenthümliche Schwierigkeiten. cf. das Erk. des Ob.-Trib. vom 17. Juni 1859 in Goltdammers Arch. Bd. VII S. 497. M. E. ist der Thatbestand des § 269 erfüllt, auch wenn die Waaren vor dem kritischen Moment zurückgeschafft werden. Im Gesetz ist jedenfalls das Erforderniss, dass die Folgen bis zur Zahlungseinstellung resp. bis zur Conkurseröffnung fortdauern müssen, nicht zum Ausdruck gelangt. — Mit Recht weist Schütze a. a. O. S. 494 Note 9 auch noch darauf hin, dass der Verkauf von Waaren zu Spottpreisen wohl nicht als ein Beiseiteschaffen bezeichnet werden kann. Wenn er hinzufügt, dass sich hier das Exemplifikationsverfahren räche, so scheint er damit andeuten zu wollen, dass wenn der Eintritt des Erfolges zum Begriffsmerkmal erhoben worden wäre, damit alle Wege, die zu ihm führen, von selbst abgeschnitten gewesen wären.

sehen wird. Erachten wir dagegen einen zusammengesetzten Verbrechensbegriff als vorhanden, so würde der Thatbestand in zwei Handlungen zerfallen, in die Erregung und in die Benutzung des Irrthums, welche durch den Willen des Thäters mit einander in Verbindung gebracht sind. In jenem Falle wäre der Ehemann, welcher seine Frau verleitet, den Beischlaf mit einem Fremden für legitim zu halten, wegen Versuches des in § 179 vorhergesehenen Verbrechens zu bestrafen, wenn die Täuschung nicht eintritt. In diesem wäre der Dritte, welcher sein listiges Manoeuvre ins Werk gesetzt hat, wegen eines unvollendeten Verbrechens zu verurtheilen, wenn es zur zweiten Handlung nicht kommt. Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung, dass von den beiden Auslegungen, die wir einander gegenüber gestellt haben, nur die letztere dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes entspricht.[34]

Zu den zusammengesetzten Verbrechen rechnen wir aber nicht blos diejenigen, welche begriffsmässig in einer Mehrheit von Handlungen Seitens des Delinquenten bestehen, sondern auch diejenigen, deren Thatbestand zwar eine Mehrheit von Handlungen voraussetzt, zu ihr aber nur dadurch gelangt, dass er eine Mitwirkung dritter Personen erfordert. Die Erpressung (§ 253) mag hierfür als Beispiel gelten. Selbst wenn man sich hiermit im Allgemeinen nicht einverstanden erklären wollte, so würde doch eine abweichende Terminologie in unserer Materie nur Verwirrung anrichten; das objektive Band, dessen der Versuch zu seiner Existenz bedarf, wird zerstört, gleichviel in welcher Weise die subjektive Beziehung zwischen der Mehrheit von Handlungen hergestellt wird. Innerhalb der Verbrechensgattungen, die wir hierbei im Auge haben, entsteht aber für die Versuchslehre eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit. Das Verhältniss von Veranlassung und Folge sieht bisweilen dem von Grund und Folge täuschend ähnlich, so dass wir uns für verpflichtet halten, hierauf nochmals zurückzukommen. Der

[34] Meyer: Lehrbuch S. 177 S. 618.

Betrug und die intellektuelle Urkundenfälschung sind die Delikte, die dabei vorzüglich einer Prüfung unterzogen sein wollen. Auf den ersten Blick scheint bei ihnen Alles für die Möglichkeit eines Versuches zu sprechen. Werfen wir die Frage auf, ob eine Täuschung eine falsche Beurkundung oder eine Vermögensbeschädigung zur Folge haben kann, so würden wir keinen Anstand nehmen, sie im affirmativen Sinne zu beantworten. Wenden wir uns an den Sprachgebrauch, so nennt er uns als den Grund der eingetretenen Veränderung die Erregung des Irrthums. Bezeichnen wir Gift als ein Mittel und damit als causale Kraft, so scheinen wir ganz in unserem Rechte zu sein, wenn wir der Täuschung ein gleiches Prädikat beilegen. Trotzdem waltet zwischen den Verbrechen, von denen wir gegenwärtig sprechen, und denen, in welchen wir das Verhältniss von Grund und Folge wiederfinden, ein feiner und dennoch folgenschwerer Unterschied ob. Zur Rechtfertigung unserer Behauptung wollen wir einem beliebigen Betrugsfall ein Beispiel gegenüber stellen, von dem zwar das praktische Leben nichts weiss, das wir aber darum wählen, weil es uns zum Prüfstein der Richtigkeit unserer Ansicht gedient hat. Wir haben fingirt, es habe Jemand bei herannahendem Gewitter einen Drachen, nachdem er dessen Spitze mit einer vorzüglichen elektrischen Leitung versehen, um eine Eiche geschlungen, damit ein niederfahrender Blitz sie vernichte und wir haben uns die Frage vorgelegt, was uns wohl berechtigt, hier einen Versuch der Sachbeschädigung anzunehmen, während wir den des Betruges leugnen, warum wir die drei Glieder, mit denen wir hier zu rechnen haben, (die verbrecherische That — das Naturereigniss — und seine Folge) nicht analog den drei Gliedern finden, denen wir dort begegnen. (Irrthumserregung — Entschluss — Vermögensbeschädigung.)

Wir haben uns gesagt, dass zwischen demjenigen, der den elektrischen Leiter an den Baum befestigt, und dem, welcher einen Anderen täuscht, rücksichtlich des Verhältnisses von Grund und Folge eine Verschiedenheit nicht ob-

waltet; die That des einen ist ihrer Natur nach ebenso geeignet, eine Folge zu zeitigen, wie die des andern. Dass sie dort ein Naturereigniss, hier den Entschluss einer freien Persönlichkeit hervorzurufen vermag, ist für die Beurtheilung der ihr innewohnenden causalen Kraft gleichgiltig. Insoweit sind die Verhältnisse in beiden Fällen analog. Ihre Verschiedenheit macht sich vielmehr erst in dem dahinter liegenden Stadium bemerklich. Der Veränderung nämlich, welche das Naturereigniss in seinem Gefolge hat, correspondirt die, welche der Entschluss nach sich zieht, aus dem Grunde nicht, weil jenes die Fähigkeit besitzt, eine Sachbeschädigung herbeizuführen, dieser nur die, eine Vermögensbeschädigung zu vermitteln. Darum ist mit dem Moment, in welchem der Blitz niederfährt, die Möglichkeit der Zerstörung des Baumes eingetreten, während in dem, in welchem der Wille sich selbst bestimmt hat, nur die, dass es zu der vom Betrüger beabsichtigten Disposition kommen wird, vorliegt. Wird die Eiche durch den Blitzstrahl gespalten, so ist der Erfolg hervorgerufen, trifft der Getäuschte seine Verfügung, so geht aus ihr erst der Erfolg hervor. Es enthält deshalb die That des Sachbeschädigers den Grund der sich vollziehenden Veränderung, die des Betrügers die Veranlassung, die erst zum Grunde führt, aus dem der Vermögensschade entspringt. Die Elektricität ist mithin in jenem Falle das Mittel, welches zwei Vorgänge in der Sinnenwelt, die Befestigung des Drachens und die Vernichtung des Baumes, mit einander objektiv verbindet, der Entschluss in diesem das Mittel, welches zwei Ereignisse in der Objektivität, die Irrthumserregung und den Nachtheil des Betrogenen mit einander subjektiv verknüpft. Wollte man hiergegen erinnern, dass von einem Entschluss erst dann gesprochen werden könnte, wenn er sich in der That verkörpert habe, so würde man übersehen, dass nicht in ihm, sondern in dem Dispositionsakt des Betrogenen der Grund liegt, der einen Schaden nach sich zu ziehen vermag, während die Fähigkeit, die Eiche zu entwurzeln, der Handlung innewohnt, welche die elektrischen Kräfte der Natur auf einen bestimmten

Punkt zu dirigiren im Stande ist. Man hat daher nur die Wahl, entweder mit Binding den nicht verwirklichten Entschlüssen bedingungslos Causalitätscharakter beizulegen[35] oder sie für absolut unfähig zu erklären, modificirend auf die Aussenwelt einzuwirken. In jenem Falle würde man Unrecht thun, Phantasiegebilde, welche auf der Menschen Thun und Lassen nicht minder bestimmenden Einfluss ausüben wie Täuschungen, die von einem Dritten ausgehen, nach abweichenden Grundsätzen zu behandeln; in diesem würde man eine Inkonsequenz begehen, wollte man beim Betruge Principien anerkennen, die man beim Morde verwirft. Wer es nicht über sich gewinnt, den Intriganten, der durch seine Ränke planmässig ein melancholisches Gemüth zum Selbstmord treibt, wegen Tödtung zu bestrafen, wenn die Ereignisse seinen Erwartungen entsprechen, handelt nach meinem Dafürhalten willkürlich, wenn er beim Betruge von einem Causalzusammenhange redet. Nehmen wir dort einen Veranlassungszusammenhang an, so sehe ich nicht ab, weshalb wir ihn hier verleugnen könnten. Wir werden daher mit der in Theorie und Praxis beständig wiederkehrenden Anschauung, dass der Thatbestand des Betruges einen Causalzusammenhang erfordere,[36] für alle Zukunft zu brechen haben. Haben wir uns endlich davon frei gemacht, die Causalität so weit auszudehnen, als die Zahl der Paragraphen aller Gesetzbücher der Gegenwart und der Vergangenheit beträgt, so werden wir nicht Willens sein, der unsäglichen Verwirrung, welche die Duplicität der Begriffe im Strafrecht angerichtet hat, dadurch neue Nahrung zu geben, dass wir Causalzusammenhang und Veranlassungszusammenhang auch noch weiterhin identificiren. Sagen wir uns aber einmal von der Tradition los, so werden wir auch darüber zu wachen haben, dass die Unterlassungen, durch

---

[35] S. oben S. 535.

[36] Oppenhoff: Commentar Note 33. 34 zu § 263. Rüdorff a. a. O. Note 8 S. 455. Hälschner: System Bd. II S. 371 i. f. Berner: Lehrbuch S. 520 sub c. Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 756 u. a. m.

welche der Betrug begangen werden kann, nicht mit denen, von welchen wir an einer früheren Stelle gesprochen haben,[37] confundirt werden: nur diesen, nicht jenen ist die potentielle Keimkraft, welche die Vorbedingung der aktuellen ist, eigenthümlich.

Soweit über den Umfang des Versuches. Der Gegensatz zwischen dem Begriff, den wir bekämpft, und dem, welchen wir vertheidigt haben, tritt schneidend hervor, wenn wir den Raum, auf den sich dieser beschränkt, mit dem, welchen jener für sich in Anspruch nimmt, vergleichen. Von den Verbrechen, welche Zachariae in seiner Abhandlung im Goltdammer'schen Archiv einer genaueren Prüfung unterzogen hat,[38] widersprechen wir unbedingt und respective bedingungsweise der Annahme eines Versuches: beim Hochverrath, bei der hochverrätherischen Unternehmung und bei dem hochverrätherischen Complott (§§ 61—63 preuss. St.-G.), beim Landesverrath in den Fällen der §§ 67 u. 68 a. a. O., bei der Majestätsbeleidigung, soweit sie nicht in einer Körperverletzung besteht (§ 74 a. a. O.), bei der Unternehmung, eine der beiden Kammern der Legislative auseinanderzusprengen (§ 82), beim Meineid (§ 125), bei der schriftlich verübten Injurie (§ 152), bei den Unzuchtsverbrechen (§ 144 No. 1—3), bei der unbefugten Anwerbung eines Preussen zum Militärdienst oder der Verleitung eines Soldaten zur Desertion (§ 111), bei der Verleitung zum Meineid (§ 130), bei der Bestechung eines Beamten, eines Mitgliedes der bewaffneten Macht oder eines Schiedsrichters (§ 311), beim Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 90), beim Aufruhr (§ 91), bei der Meuterei (§ 96), bei der Münzfälschung (§ 121 fg.), bei der Herausforderung zum Zweikampf und dessen Annahme (§ 164—167), bei der Unterschlagung (§ 227), beim Raube (§ 230) und beim Betruge (§ 241).

---

[37] S. oben S. 543—552.

[38] Zachariae in Goltdammers Archiv Bd. III S. 175—180 und S. 289—297.

Demgemäss fallen von allen Verbrechen, deren Thatbestand Zachariae hier erörtert hat, nur der Diebstahl (§ 216), die Befreiung eines Gefangenen (§ 94) und die Brandstiftung (§§ 285—287) in die Kategorie der Delikte, bei denen wir den Versuch unbedingt zugeben. Die dadurch nahe gelegte Befürchtung, dass wir es unternehmen, der Strafgewalt Fesseln anzulegen, welche sich mit einer geordneten Rechtspflege nicht vertragen, hoffen wir in dem nächsten Kapitel zu zerstreuen. Nicht den Machtbefugnissen des Gesetzgebers, sondern der irrigen Doktrin, welche bald Anfang und Versuch als identisch, bald wieder als verschieden behandelte, wollen wir entgegentreten. Weit entfernt, die öffentliche Sicherheit zu schmälern, wollen wir sie erhöhen. Die Verheissung der Strafgesetzbücher: „Nullum crimen sine lege poenali“ soll zur vollen Wahrheit werden. Das ist die Bedeutung der Scheidung zwischen dem versuchten Verbrechen, von dem wir nunmehr einstweilen Abschied nehmen, und dem unvollendeten Verbrechen, zu dem wir nunmehr übergehen.

Viertes Capitel.

Das unvollendete Verbrechen.

---

§ 20.

Die theoretischen Grundsätze.

An einer früheren Stelle haben wir bereits den Nachweis geführt, dass wir den Gegensatz zur Vollendung in einer doppelten Weise bilden, indem wir ihr bald den Mangel des Thatbestandes, bald den Beginn gegenüberstellen.[1] Damit ist aber der Satz, dass die Strafsanktion an die Consummation gebunden sei, unvereinbar.[2] Sofern sich nämlich die verbrecherische Handlung in einzelne, in ihrer Beschaffenheit einander gleiche Akte zerlegen lässt, haben wir es mit einem Quantitätsunterschied zu thun, dem die Kraft zugeschrieben wird, der Summe eine Qualifikation zu ertheilen, die den Addenden, aus denen sie besteht, abgehen soll. Unter der Voraussetzung der Homogenität der einzelnen Glieder unter einander ist aber nur ein doppelter Schluss erlaubt: entweder muss jeder Theil der Begriffsdefinition entsprechen — und damit von selbst von der Strafsanktion umfasst sein oder mit ihr im Widerspruch stehen — und damit von selbst der rechtlichen Erheblichkeit ermangeln. Man hat daher nur die Wahl, entweder jeden Akt für straf-

---

[1] S. oben S. 28.

[2] S. oben S. 370. 371.

bar oder jeden für straflos zu erklären. Wer den ersten als straflos, den letzten als strafbar behandelt, macht sich nach meinem Dafürhalten eines Widerspruchs schuldig. Bei dieser Alternative ist die Entscheidung von selbst gegeben. Der Unterschied in der Zeit vermag einen Unterschied in der Qualität nicht zu begründen. In der That correspondirt denn auch jeder Akt mit dem beschreibenden Bestandtheil des Strafgesetzes. Untersagt die Norm,[3] eine unwahre Aussage mit dem Eide zu bekräftigen, so handelt der Meineidige mit jedem Worte, das er ausspricht, ihr entgegen, und die Bedingung, von welcher die Straffolge abhängig ist, ist zur Existenz gelangt, gleichviel ob er das Verbot partiell oder total überschritten hat. Der Gesetzgeber sagt nicht: „Wer den Beischlaf mit Gewalt erzwungen oder wer falsches Geld fabricirt hat", soll zur Rechenschaft gezogen werden, sondern er bedroht die verbrecherische Thätigkeit in deren ganzem, successivem Verlauf. Dadurch fällt jeder Akt der Handlung unter den descriptiven und in Folge dessen wiederum unter den dispositiven Bestandtheil der Strafvorschrift.

Insoweit kann ich nur Mittermaier beistimmen, wenn er bereits im Jahre 1816 den Grundsatz vertheidigt hat, dass das Verbot, ein Verbrechen zu verüben, zweierlei ausdrücke, einmal das Verbot, die gesetzwidrige Handlung zu beginnen, und sodann das, sie zu vollenden.[4] Ich kann nicht anerkennen, dass es der Litteratur gelungen wäre, ihn zu widerlegen. Zachariae greift zu einer petitio principii, wenn er einräumt, dass die von Mittermaier gegebene Auslegung zwar der gesetzgeberischen Intention entspreche, hiergegen jedoch einwendet, dass das Strafgesetz erst mit dem letzten Akt der verbrecherischen Thätigkeit übertreten

[3] Das Verbot, welches der beschreibende Bestandtheil der Strafvorschrift implicite ausdrückt, nenne ich nach dem Vorgange von Binding die Norm, ohne in ihr deshalb einen selbständigen Rechtssatz zu erblicken.

[4] Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen im Neuen Archiv des Crim.-R. Bd. I S. 169.

sei.[5] Wird zugestanden, dass man dem Gesetzgeber zu Unrecht imputirt, er habe gewissermaassen erst in der zwölften Stunde einschreiten wollen, so verbietet es sich von selbst, der Strafsanktion einen Sinn unterzulegen, der seinen Intentionen widerstreitet. Noch weit weniger hat Pfotenhauer den Schwerpunkt, auf den es hierbei ankommt, gewürdigt. Denn er deducirt gegen Mittermaier in einer Weise, aus der hervorleuchtet, dass er nur den Fehler, welchen dessen Lehre für das versuchte Verbrechen enthält, herausgefühlt, und die Wahrheit, die sie für das unvollendete Verbrechen ausspricht, ignorirt hat.[6] Er wendet nämlich ein, dass danach der Versuch zu einem Bestandtheil der Vollendung gemacht werde, ohne zu erwägen, dass er selbst in den Irrthum, den er rügt, verfallen ist, indem er den unvollendeten Meineid mit dem versuchten Meineid identificirt.[7] Otto geht nicht auf den Kern der Sache ein, wenn er geltend macht, Mittermaier verwechsle die Strafdrohung mit der Strafsanktion; nicht die Handlung sei verboten, sondern deren Vornahme unter Strafe gestellt.[8] Denn nur darum dreht sich der Streit, ob die Straffolge sich auf die totale oder auch schon auf die partielle Rechtsverletzung bezieht. Soweit es hierauf ankommt, ruft Otto lediglich die Ausführungen von Zachariae für sich an, denen er nur noch die Versicherung beifügt, dass ein nur theilweise ausgeführtes Verbrechen rechtlich nicht in Betracht komme. Dagegen sucht er Lelièvre, der sich seinerseits auf den Satz berufen hatte: Quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne, per quod devenitur ad illud[9] selbständig zu widerlegen, indem er einwendet, dass die Erreichung des Zieles der juristischen Relevanz entbehren würde, wäre bereits der Weg zum Ziele

---

[5] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I S. 83. 84.

[6] Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen S. 73—76.

[7] a. a. O. S. 66. Note 89.

[8] Otto: Vom Versuch der Verbrechen S. 66. 67.

[9] Lelièvre: Comment. jurid. de conatu delinquendi S. 456.

der Strafsanktion unterworfen.[10] Obwohl ich weit entfernt bin, die Lelièvre'sche Ansicht in ihrer Allgemeinheit zu billigen, so halte ich sie doch, so weit sich in ihr der Mittermaier'sche Gedanke wiederfindet, durch die Angriffe von Otto nicht für erschüttert. Mit demselben Rechte könnte man, die Deduktion umkehrend, Otto erwidern, weshalb er auf die Verfolgung des Zieles Gewicht legt, wenn ihn nur dessen Erreichung interessirt, weshalb er beim Meineid nicht nur die Frage, ob der Angeklagte das Amen über seine Lippen gebracht, sondern auch die, ob er die ihm vorangehenden Worte der Eidesnorm gesprochen hat, untersucht. Krug endlich geräth meines Erachtens mit sich selbst in Widerspruch, wenn er erklärt, dass die Straffolge soweit reicht, wie die Voraussetzung, an die sie geknüpft ist, nichtsdestoweniger hieraus den Schluss ableitet, dass die Strafe nur dann zur Anwendung gebracht werden dürfe, wenn die Handlung in ihrer Totalität vorliege.[11] Ist die Strafbarkeit nur davon abhängig, dass das geschieht, was die Norm verbietet, so leuchtet ein, dass deren Uebertretung die gesetzliche Charakteristik an sich trägt, es mag ihr in mehr oder minder umfassender Weise entgegengehandelt sein. Wird anerkannt, dass die Norm die Fälschung untersagt, so ist nicht abzusehen, weshalb erst der letzte Federstrich gelungen sein müsste, um die Thätigkeit ihr widersprechend zu finden.

Damit glauben wir den Grundsatz gerechtfertigt zu haben:

Ist eine Handlung unter Strafe gestellt, so ist sie in allen ihren Akten bedroht. Die Distinktion zwischen Beginnen und Beendigen ist dabei nur von faktischer, nicht von rechtlicher Bedeutung.

Wäre daher nicht die Verwechslung von Anfang und Versuch dazwischen getreten, so würde es uns fern liegen, zwischen den mehr und minder vorgeschrittenen Akten einer Handlung zu unterscheiden. Wir hätten den Ver-

[10] Otto a. a. O. S. 67. 68.

[11] Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 6.

brechensbegriff als erfüllt angesehen, die gesetzliche Strafe zur Anwendung gebracht und uns im Uebrigen um den Gegensatz zwischen der begonnenen und der beendigten Thätigkeit nicht gekümmert, es sei denn, dass die Strafzumessung im einzelnen Falle uns veranlasst hätte, hierauf Rücksicht zu nehmen. Wir überzeugen uns hiervon von zwei Gesichtspunkten aus, einmal, wenn wir mit Verbrechen exemplificiren, welchen die zeitherige Versuchslehre nur nebenher ihre Aufmerksamkeit geschenkt hat, und sodann, wenn wir in die Zeiten hinunter steigen, denen die italienische Doktrin noch unbekannt war.

Handelt es sich um einen Zweikampf, so denkt wohl Niemand daran, den § 205 R.-St.-G. erst dann zur Anwendung zu bringen, wenn die letzte Kugel gewechselt ist. Sobald von den Waffen Gebrauch gemacht wird, ist die Norm übertreten und damit die Voraussetzung der absoluten Strafbarkeit erfüllt. Mag das Duell längere oder kürzere Zeit gedauert haben, die Strafe wird wegen Zweikampfes schlechthin ausgesprochen und nur der relativen Strafbarkeit wegen wird unter Umständen auf die Hartnäckigkeit der streitenden Parteien Gewicht zu legen sein. Die herrschende Doktrin wird zwar hiergegen erinnern, dass die Consummation mit dem Beginn des Kampfes eintrete. Zachariae,[12] Oppenhoff,[13] Schwarze,[14] Schütze[15] und Meyer[16] bezeugen ausdrücklich, dass die Vollendung hier mit dem Anfang zusammenfalle. Abgesehen davon aber, dass wohl auch die gesetzgeberische Machtvollkommenheit nicht ausreicht, aus dem Anfang das Ende und aus dem Ende den Anfang zu machen, müssten wir der gangbaren Ansicht schon um ihrer Consequenzen willen widersprechen. Wäre die Consummation in der That mit dem Moment eingetreten, in welchem der

---

[12] Zachariae in Goltdammers Archiv Bd. III S. 292.
[13] Oppenhoff: Straf-G.-B. für das deutsche Reich Note 2 zu § 205.
[14] Schwarze: Commentar Anmerkung zu § 205.
[15] Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 406.
[16] Schütze: Deutsches Strafrecht S. 294.

erste Angriff erfolgt ist, so wäre der, welcher hierauf die Kugel abfeuert und seinen Gegner zu Boden streckt, als gemeiner Mörder zu bestrafen. Wer nach beendetem Zweikampf tödtet, hat nicht gegen die Norm, welche das Duell verbietet, sondern gegen die, welche die Vernichtung eines Menschenlebens ausserhalb des Duelles untersagt, verstossen. Wer sich hiermit nicht einverstanden erklärt, giebt zu erkennen, dass die Lehre, wonach die Pönalsanktion an die Vollendung geknüpft sein soll, sich auch dann nicht aufrecht erhalten lässt, wenn man ihr zu Liebe mit den Begriffen der Zeit in Conflikt geräth.

Aber auch aus unseren Rechtsquellen dürfte nicht der Satz abzuleiten sein, der darauf hinausläuft, dass der Gesetzgeber seine Strafvorschriften derart abfasse, dass er ihnen nur zum kleinsten Theil einen wirksamen Nachdruck zu geben verstände. Wenn der Dekalog den Ehebruch verbietet, so wird man wohl ohne Weiteres zugeben, dass wir ihn am naturgemässesten auslegen, wenn wir damit die Handlung als in allen ihren einzelnen Akten untersagt ansehen. Die Untheilbarkeit der darauf gesetzten Strafe[17] beseitigt von vornherein die Annahme, als ob die partielle Rechtsverletzung nur mit einer Quote derselben belegt gewesen wäre. Aus einem Fragment der XII Tafeln entnehmen wir ferner, dass das widerrechtliche Abfällen von Bäumen untersagt war.[18] Auch wenn Paullus die Bestimmung nicht dahin interpretirt hätte: Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi caussa,[19] würden wir wohl von vornherein die Ansicht abwehren, dass die Decemvirn beabsichtigt hätten, die Strafe auszuschliessen, so lange nicht die Cohäsion der Theile des Baumes untereinander vollständig gelöst wäre. Die entgegengesetzte Behauptung Ludens wird durch die Quellenzeugnisse, auf die

---

[17] Der Ehebruch hatte für beide Theile Todesstrafe zur Folge. 3. Buch Moses Kapitel 20 Vers 10.

[18] Dirksen: Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der XII Tafeln S. 558.

[19] L. 5 D. 47. 7 (arb. furtim caesarum).

er sich beruft,[20] nicht unterstützt. Aus Gajus Inst. IV. 11 geht nur hervor, dass die legis actiones an den Wortlaut des Gesetzes gebunden waren, nicht aber, dass die XII Tafeln die Strafe im Fall der begonnenen Thätigkeit versagt, im Fall der beendigten Thätigkeit gewährt haben. Auch die Digestenstellen, auf die Luden Bezug nimmt, ergeben nichts von dem Unterschiede, den er in sie hineinträgt. Die L. 1 D. 47. 7. erwähnt nur, dass die Klage aus der Decemviralgesetzgebung mit der aus der Lex Aquilia concurrirt habe, ohne den Schaden erst mit der Vollendung für eingetreten zu erklären.[21] Die Lex 4. l. c. verhält sich über unseren Gegenstand überhaupt nicht; daraus, dass ein Baum, der so zart ist, ut herbae loco sit, rechtlich den Sträuchern gleichgestellt wird, ist ein Schluss weder für noch gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht abzuleiten. Aus der L. 2. l. c. erfahren wir ebensowenig etwas über die Consummation des Deliktes, indem Gajus sich darauf beschränkt, eine Andeutung über die Strafe zu geben. Endlich lässt sich auch Plinius nicht über die Frage aus,[22] um deren Beantwortung es uns zu thun ist. War, wie er berichtet, das Strafmaass ein absolut bestimmtes, so entspricht es eher der legislatorischen Intention die partielle Rechtsverletzung mit der vollen Strafe zu ahnden, als sie von Strafe gänzlich zu verschonen. Aber auch in den späteren Zeiten, in denen die Strafvorschriften vorwiegend den zweigliedrigen Bau aufweisen, von dem wir gesprochen haben,[23] tritt keine Aenderung des Grundsatzes ein, den wir in den ältesten Legislationen niedergelegt finden.[24]

---

[20] Luden: Abhandlungen Bd. I S. 69.

[21] Das Analoge gilt auch für die L. 11 l. c. welche ebenfalls nur die Conkurrenz der actio ex XII tab., der Lex Aquilia, und des interdictum quod vi aut clam behandelt.

[22] Plinius: natur. hist. Lib. XVII Cap. 1 (Sillig'sche Ausgabe Bd. III S. 69): Fuit et arborum cura legibus priscis cautumque est XII tabulis, ut qui injuria cecidisset alienas lueret in singulas aeris XXV.

[23] Vergl. hierüber Binding a. a. O. Bd. I S. 56—66.

[24] Ueberhaupt bin ich der Meinung, dass es bei der in Rede ste-

Nirgends wird im römischen Recht bei den Fleischesverbrechen eruirt, mit welchem Moment das Delikt vollendet sei — eine Erscheinung, von der ich meine, dass sie zwar zeither ausreichend beachtet, nicht aber ausreichend aufgeklärt worden ist.

Cropp ist der Ansicht, dass es der modestia juris Romani widerstrebt habe „tam putidas quaestiones in jure agitare."[25] Er scheint herausgefühlt zu haben, dass er sich mit der Geschichte in Widerspruch setzt, wenn er die Keuschheit der Römer preist, während die Historiker über den Verfall ihrer Sitten gegen das Ende der Republik und in den späteren Jahrhunderten viel zu berichten wissen. Deshalb fügt er seiner Deduktion noch einen zweiten Grund hinzu: Die Consummation wäre gesetzlich nicht abweichend von dem heut bei uns geltenden Recht bestimmt gewesen. Wir werden uns aber bald überzeugen, dass hierin ein Correktiv liegt, welches die Schäden ausgleichen sollte, welche der von uns bekämpfte Satz in seiner consequenten Durchführung zur Folge gehabt hätte. Nichtsdestoweniger hat Zachariae sich Cropp, soweit derselbe lehrt, dass mit der Vereinigung der Geschlechtstheile der Ehebruch vollendet gewesen sei, angeschlossen.[26] Er nimmt also auch an, dass die Römer mit unserem Gesetzgeber erklärt haben: der Beischlaf ist beendet, wenn er begonnen ist. Vergeblich habe ich mich bemüht, einen solchen Ausspruch in den Quellen zu entdecken. Noch weit weniger dürfte Luden eine zutreffende Begründung gelungen sein.[27] Aus der L. 6 § 1

---

henden Controverse nicht darauf ankommt, ob das Verbot ausdrücklich ausgesprochen oder durch Schlussfolgerung zu ermitteln ist. In dem einen wie in dem anderen Falle handelt es sich darum, das Verhältniss der Straffolge zur theilweisen Ueberschreitung der Norm festzustellen. Ich behalte mir indess vor, im II. Bande aus dem neueren römischen Recht weitere Belagstellen zu citiren.

[25] Cropp: Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi. Bd. II S. 129.

[26] Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen Bd. I S. 121.

[27] Luden a. a. O. S. 209. 210.

D. 48. 5. (ad leg. Jul. de adulteriis coërcendis), worin Papinian sagt, dass das adulterium seine Bezeichnung von dem partus ex altero conceptus erhalten habe, leitet er zunächst ab, dass die Consummation in das Stadium verlegt gewesen sei, von welchem die Empfängniss abhänge, ohne zu erwägen, dass die etymologischen Forschungen der Römer in einem nahezu sprichwörtlichen Misscredit stehen. Obwohl er danach annimmt, dass der Thatbestand erst mit dem die Conception bedingenden Akt erfüllt gewesen sei, wagt er dennoch die Conjektur, dass man wegen der Schwierigkeit des Beweises und in Rücksicht auf die Oeffentlichkeit der Rechtspflege sich einfach über das Gesetz hinweggesetzt habe. Es leuchtet aber ein, dass beide Momente allenfalls für den Legislator bestimmend sein können, seine Strafsatzung zu ändern, nicht aber den Richter ermächtigen, die gegebene Strafvorschrift aus Anstandsrücksichten zu ignoriren. Ich glaube vielmehr, dass der Grund viel einfacher ist, weshalb sich die Römer nicht in Untersuchungen einliessen, auf die erst die gemeinrechtliche Doktrin verfallen ist. Der Satz, dass die Strafsanktion an die Vollendung geknüpft sei, war ihnen unbekannt, und darum erübrigte es sich für sie, die Consummation festzustellen. War der Ehebruch in allen seinen Theilen der gesetzlichen Ahndung unterworfen, so hatte nur die Frage, wann er begonnen, nicht die, wann er beendigt war, für sie Interesse, und damit stimmt überein, dass die Quellen nur über jenen, nicht aber über diesen Zeitpunkt sich näher aussprechen.[28]

Indem die communis opinio die Strafe auf die Summe der einzelnen Akte einer Handlung, anstatt auf jeden unter ihnen bezog, ist sie meines Erachtens in drei Widersprüche hineingerathen. Zunächst hat sie nämlich von einem die Strafe aufhebenden Rücktritt gesprochen, ohne dass sie zuvor über ein die Strafbarkeit constituirendes Moment verfügt hätte. War sie darin einig, dass Anfang und Versuch verschiedene Begriffe sind, so war, selbst wenn ihr der

---

[28] L. 23 pr. D. 48. 5.

Nachweis der Strafbarkeit des Versuches gelungen wäre, der des begonnenen Deliktes noch nicht geführt. Sie hat daher ein Argument, weshalb sie die vor dem Schlussakt der verbrecherischen Thätigkeit liegende Strecke nicht principiell freigab, nicht erbracht. Nichtsdestoweniger erklärte sie doch wieder den Theil, der vor der Vollendung liegt, als stillschweigend von der Pönalsanktion getroffen, indem sie die Sinnesänderung des Thäters zur Bedingung machte, unter der die Strafe, die nach ihrer Ansicht für dieses Stadium noch gar nicht angeordnet war, wieder in Wegfall kommen sollte.

Sodann lehrte sie mit grosser Uebereinstimmung die Verwerflichkeit einer jeden praesumtio doli. Wird aber an dem Satze festgehalten, dass eine Uebertretung der Norm nur dann rechtliche Relevanz erlange, wenn ihr in allen ihren Theilen zuwidergehandelt wird, so kann die Strafbarkeit des unvollendeten Verbrechens nur auf die Vermuthung gegründet werden, dass es zu der totalen Rechtsverletzung gekommen wäre, wenn kein vom Willen des Thäters unabhängiger Umstand dazwischen getreten wäre. Ist das, was geschehen ist, an sich straflos, und nur das, was noch geschehen sollte, strafbar, so müssen Gründe der Prävention zur Hülfe genommen werden, soll die verbrecherische Zukunft ihre Schatten auf die schuldlose Vergangenheit werfen. In der That haben wir denn auch gesehen, dass man vielfach keinen Anstand genommen hat, die „Versuchsstrafe“ zu einer Verdachtsstrafe zu machen.[29] Was man bei dem vollendeten Verbrechen als einen Bruch mit den Principien der Gerechtigkeit empfunden hätte, wurde bei dem unvollendeten Verbrechen als mit ihr harmonirend ertragen.

Der dritte Widerspruch endlich, in den man dadurch hineingetrieben wurde, besteht darin, dass man sich bei

---

[29] S. oben S. 69—72. cf. auch v. Stemann: Beiträge zur Codifikation des Norddeutschen Strafrechts in Goltdammers Arch. Bd. XVII S. 318.

dem vollendeten Verbrechen zu einem Grundsatz bekannte, den man bei dem versuchten verwarf. Wäre die Strafbarkeit an die beendigte Thätigkeit geknüpft, so hätte man, wollte man sich selbst getreu bleiben, nur das delictum perfectum für strafbar, den begonnenen Versuch dagegen für straflos erklären müssen. Argumentirte man dort, dass der Gesetzgeber nur gegen den letzten Akt der verbrecherischen Handlung reagire, so ist kein Grund erfindlich, weshalb er sich hier schon gegen den ersten Akt gewendet haben sollte. Ich kann daher Lammasch nur beistimmen, wenn er die Ansicht vertritt, dass es der herrschenden Doktrin zwar gelungen sei, die Strafbarkeit des beendigten, nicht aber die des begonnenen Versuches zu rechtfertigen.[30] Nur hätte er sich freilich nicht dabei beruhigen dürfen, den Theil der verbrecherischen Thätigkeit, der von Rechtswegen straflos sein sollte, um des gemeinen Nutzens willen für strafbar zu erklären, und darum die Ahndung des beendigten Versuches als durch die Principien der Gerechtigkeit geboten, die des begonnenen Versuches als durch die Unentbehrlichkeit einer praesumptio doli entschuldigt zu erachten. Mit dem Ausruf, den er hieran schliesst „Wahrheit, wenn auch für den Criminalisten schreckliche Wahrheit“ ist nach meiner Meinung die Sache nicht abgethan. Vielmehr bin ich der Ansicht, dass, wenn die Doktrin im Strafrecht jede Präsumtion als unzulässig verwirft, sie mit ihrer wissenschaftlichen Ehre engagirt ist, entweder dem Gesetzgeber, der hiergegen verstösst, mit den geistigen Waffen, über die sie verfügt, entgegenzutreten oder, wenn sie herausfühlt, dass sie damit ein unerfüllbares Verlangen aussprechen würde, die Lehre zu verlassen, welche sie in das unerträgliche Dilemma hineingetrieben hat.

Der Satz aber, dass jeder Akt einer mit Strafe belegten Handlung der gesetzlichen Charakteristik entspricht und darum den Thatbestand voll erfüllt, scheint mir dergestalt

---

[30] Lammasch: Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuches S. 70. 71.

durchgreifend zu sein, dass ich kein Bedenken trage, ihn ohne Rücksicht darauf, ob dolus oder culpa, ob ein einfaches oder zusammengesetztes, ob ein versuchtes oder unvollendetes Delikt vorliegt, zur Anwendung zu bringen. Sonderbarer Weise hat man in der Litteratur auf seine Uebertragbarkeit auf diejenigen fahrlässigen Verbrechen hingewiesen, innerhalb deren ihn die Würdigung der gesetzlichen Begriffsmerkmale hinfällig macht, und es unterlassen, ihn bei den culposen Delikten zu erproben, innerhalb deren wir hierbei freier gestellt sind. Denn nur da, wo der Theil vom Ganzen qualitativ differirt, ist die herrschende Lehre unanfechtbar, nicht aber, wo er nur quantitativ differirt: dort wird dadurch die Congruenz des Aktes mit dem Begriff aufgehoben, hier wird sie dadurch nicht berührt.

Zerbst hat nämlich die Ansicht ausgesprochen, dass es von dem Standpunkt der herrschenden Lehre, welche die Fahrlässigkeit für eine Willensschuld erachtet, irrationell sei, das culpose Delikt bei eintretendem Erfolg mit Strafe zu belegen, bei ausbleibendem Erfolg von Strafe zu verschonen. Sei das dolose Verbrechen nicht blos in seiner Vollendung, sondern auch schon in den vorhergehenden Stadien strafbar, so würde es die Consequenz erheischen, für die andere Art der Willensschuld die gleichen Grundsätze zu lehren.[31]

Zerbst ist mithin der Meinung, dass der von uns vertretene Standpunkt, wonach wir die theilweise Rechtsverletzung bei den dolosen Verbrechen bestrafen, uns nöthigen würde, die nämliche Regel bei den culposen Delikten, die er im Auge hat, zur Anwendung zu bringen. Dabei entgeht ihm denn doch die Verschiedenheit der Voraussetzung. Nur soweit die einzelnen Akte mit dem gesetzlich fixirten Thatbestand qualitativ übereinstimmen, weisen wir die Folgerung, die er gezogen wissen will, von uns nicht zurück, während wir sie ablehnen, soweit sie sich

---

[31] Zerbst: Ueber den Begriff des culposen Verbrechens im Neuen Arch. des Crim-R. pro 1856 S. 214 fg. u. S. 405 fg.; bes. S. 224. 225.

von ihm generisch unterscheiden. Dieses ist der Fall bei den Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in einer Folge besteht, jenes bei denjenigen, in welchen mit der That des Delinquenten die rechtlich erheblichen Vorgänge in der Objektivität abschliessen; ob die eine oder andere Schuldart vorliegt, ist dabei für uns gleichgiltig. Eben deshalb sind wir der Meinung, dass die Strafe des fahrlässigen Meineides von dem verwirkt sei, welcher auch nur einen Theil der Eidesnorm ausgesprochen hat. Die partielle Rechtsverletzung trägt alle Merkmale des Verbrechensbegriffes an sich, und der faktische Unterschied zwischen einem mehr und minder vorgerückten Stadium würde der rechtlichen Bedeutsamkeit entbehren, da das Gesetz hieran keine Folgerungen geknüpft hat. Nicht wegen unvollendeten Meineides, sondern wegen Meineides schlechthin wäre die Verurtheilung auszusprechen. Vielleicht dürften wir auf grössere Zustimmung rechnen, wenn wir mit einem anderen Delikt exemplificiren. Nehmen wir an, es habe Jemand culposer Weise seuchenkrankes Vieh von Breslau nach Berlin dirigirt, und es sei die Contravention schon in der nächsten Station entdeckt worden. Die Anklage würde sich darauf beschränken, die Verletzung des § 3 des Reichsgesetzes vom 21. Mai 1878 zu rügen, und die richterliche Sentenz würde demgemäss ergehen. Man wird es auffällig finden, dass wir uns bei den dolosen Verbrechen so schwer von der Frage nach der Vollendung trennen und sie bei den culposen nicht sonderlich urgiren. Der Grund hierfür wird aus unseren ferneren Betrachtungen von selbst erhellen; hier kommt es uns nur darauf an, Fälle aufzuführen, in denen wir weder die Strafbarkeit als an die Consummation gebunden ansehen noch uns in Untersuchungen zwischen den verschiedenen Stadien der verbrecherischen Thätigkeit ergehen, vielmehr uns begnügen, den Thatbestand für erfüllt zu erklären. Zu diesem Zweck weisen wir auch auf die zusammengesetzten Verbrechensbegriffe hin. Der Umstand, dass wir das Einsteigen in eine Wohnung, um zu stehlen, für strafbar erachten, reicht uns aus, den ersten Akt ebenso wie den letzten zu behandeln,

und nirgends finden wir den Unterschied zwischen der begonnenen und beendigten Thätigkeit betont. Vor Allem ist aber der Grundsatz, von dem wir ausgegangen sind, für die Versuchslehre von einschneidender Bedeutung. Durch ihn sind wir erst in den Stand gesetzt ebensogut denjenigen, dem das Gewehr in dem Moment, in welchem er es anlegt, aus der Hand geschlagen wird, wie denjenigen, der sich eines délit manqué schuldig gemacht hat, zu bestrafen. Aber auch hier machen wir die auf den ersten Blick befremdliche Wahrnehmung, dass von der Praxis die reiche Litteratur über die Grade des Versuches ignorirt wird. Nirgends in Deutschland findet eine Verurtheilung wegen beendigten oder unbeendigten Versuches statt; nur in den Strafzumessungsgründen findet der Unterschied, der rechtlich ausser Betracht bleibt, seine faktische Würdigung.

Damit haben wir uns die Bahn frei gemacht, um zur Behandlung des unvollendeten Verbrechens überzugehen. Fassen wir zunächst die einfachen Delikte ins Auge, so würden wir bei ihnen jeder weiteren Untersuchung überhoben sein, würden wir nur die Frage, ob der Verbrechensbegriff erfüllt sei oder nicht, zu entscheiden haben. Hätte der Gesetzgeber auf den Ehebruch eine beliebige Strafsanktion gesetzt und sich der Bestimmung des § 44 enthalten, so würden wir noch heut die gleichen Grundsätze üben, die bereits im alten Rom zur Anwendung gebracht worden sind. Mit jedem Akte wäre das Verbot überschritten, und die Verurtheilung würde ausgesprochen werden, ohne dass irgend ein Richter die Verpflichtung hätte, nach der Consummation des Deliktes zu fragen. Um die angeordnete Strafe zu verhängen, würde es ihm genügen, dass das Gesetz übertreten worden ist, in welchem Umfang dies geschehen, hätte für ihn nur dann Interesse, wenn er glauben würde, dass die Schuld mit jedem Schritt auf der verbrecherischen Bahn an Intensivität wachse.[32] Erst mit dem Moment, in welchem der faktische Gegensatz zwischen An-

[32] cf. hierüber oben S. 144.

fang und Vollendung zur rechtlichen Relevanz erhoben wird, ändert sich die Sache. Zwar kann auch die gesetzgeberische Machtvollkommenheit nicht bewirken, dass die einzelnen Akte der Handlung nicht unter den von ihm aufgestellten Verbrechensbegriff fallen, und sie sieht sich deshalb ausser Stande, der Summe eine Qualifikation zu geben, welche den einzelnen Addenden abgeht. Dagegen reicht sie aus, die Straffolgen anders für die Theile und anders für das Ganze zu normiren, und insoweit ist sie in der Lage, die faktische Verschiedenheit zu einer rechtlichen umzugestalten. Weit entfernt, die Strafsanktion an das letzte Glied zu binden, eximirt sie vielmehr damit von ihr die ihm vorangehenden Glieder.[33] Wir wollen uns in Rücksicht darauf, dass wir erst hiermit das rechte Verständniss über den gegenwärtigen Stand der Doktrin und unserer Gesetzbücher gewinnen, durch ein Beispiel klarer machen. Würde eine Strafvorschrift anordnen:

Wer mit Arrest belegte Sachen aus den Räumen fortschafft, in welchen die Beschlagnahme stattgefunden hat, soll mit Gefängniss bis zu zwei Jahren belegt werden,

so würde der Richter, ohne Rücksicht darauf, ob der Transport beendigt ist oder nicht, sich darauf beschränken, das Schuldig wegen Arrestbruches auszusprechen und die Strafe angemessen zu arbitriren. Würde aber eine weitere Bestimmung vorschreiben „Der nicht beendigte Transport ist milder zu bestrafen," so wäre er nunmehr genöthigt, sich mit einem Gegensatz zu befreunden, den er bis dahin rechtlich nicht gekannt hat. Daraus ersehen wir, dass wir den Satz, dass die Strafe an die Vollendung geknüpft sei, eben-

[33] Von diesem Gesichtspunkt aus erledigt sich zugleich der Einwand, dass wir rathlos sein möchten, die der Consummation vorangehenden Akte angemessen zu bestrafen, wenn wir der herrschenden Theorie gegenüber treten cf. Otto a. a. O. S. 68 „der Richter würde ohne vorhandene, besondere Strafbestimmung wegen der völligen Verschiedenheit der in Frage kommenden Begriffe (!) ohne jegliches Anhalten bleiben."

falls den Italienern verdanken. Der von ihnen gelehrte Unterschied zwischen der poena ordinaria und extraordinaria, von denen jene auf den letzten, diese auf alle vorangehenden Akte für anwendbar erklärt wurde,[34] machte nunmehr in jure Distinktionen nothwendig, die bis dahin nur eine faktische Bedeutung hatten. Damit war der Wendepunkt eingetreten: den Untersuchungen über die Consummation der Delikte, deren der römische Jurist überhoben war, hatte sich fortan der gemeinrechtliche Jurist zu unterziehen, ganz ebenso, wie die Praxis heut genöthigt wäre, rechtlich zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch zu unterscheiden, wenn die Regierungsvorlage von 1875/76 Gesetzeskraft erlangt haben würde. Wir wären daher wohl der Aufgabe entrückt, innerhalb der einfachen Verbrechensbegriffe die unvollständigen Delikte[35] in versuchte und in unvollendete zu theilen, hätten wir nicht die italienische Doktrin, die freilich im Wesentlichen von der Carolina recipirt worden ist, sine beneficio inventarii übernommen. Denn über den einzigen Qualitätsunterschied, der uns bei ihnen zu Gebote stand, um ein Merkmal des Begriffs auszuscheiden, ohne mit den Grundsätzen über den Thatbestand in Collision zu gerathen, haben wir bereits zu Gunsten des Versuches verfügt, und der Quantitätsunterschied, auf den wir bei dem unvollendeten Verbrechen angewiesen sind, würde wohl noch heut der rechtlichen Erheblichkeit ermangeln, hätten wir aus unseren Quellen unmittelbar unsere Lehren geschöpft. Wie aber einmal jetzt die Dinge liegen, würden wir das einfache unvollendete Verbrechen dahin zu definiren haben:

Diejenigen Akte einer Handlung, welche zwar die Deliktsmerkmale erfüllen, in der Strafbarkeit aber gesetzlich verschieden von dem Akte, mit welchem die Hand-

---

[34] Zachariae a. a. O. Bd. II S. 137—152. Luden a. a. O. S. 407 fg. Seeger: die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 15 fg.

[35] Der Ausdruck ist von mir in Ermangelung eines geeigneteren gewählt; er ist insofern nicht passend, als alle Bedingungen eines Verbrechens im Allgemeinen vorliegen.

lung abschliesst, behandelt werden,[36] *sind unvollendete Delikte.*[37]

So nahe die Vermuthung liegt, dass der Gesetzgeber fortan die Strafe, welche zeither unter dem Titel Versuch angeordnet war, in Zukunft unter verändertem Namen auf die vor der Consummation liegenden Akte zur Anwendung bringen möchte, so glaube ich doch zu einer abweichenden Prognose berechtigt zu sein. Die materielle Conservirung des bestehenden Zustandes würde weder der Praxis eine Erleichterung gewähren noch der Codifikation zum Vortheil gereichen.

Zu Unrecht hat nämlich bisher die Wissenschaft angenommen, dass bei den unvollendeten Verbrechen die Schwierigkeit in der Feststellung des Consummationsaktes bestehe. Gerade das Gegentheil ist der Fall: nicht auf die Ermittelung des letzten, sondern auf die des ersten Aktes kommt es an. Dies ist freilich oft in dem Maasse verkannt worden, dass man die Quelle für die Mündung ausgegeben hat. Die italienische Doktrin hat nicht nur zur Verwechslung von Anfang und Versuch geführt, sondern sie hat auch noch überdies die befremdliche Erscheinung hervorgerufen, dass das, was man im Leben Beginnen nennt, in der Rechtssprache mit Vollendung bezeichnet worden ist. Bei den Fleischesverbrechen tritt dies von selbst zu Tage. Nicht minder wird man zugeben, dass diejenigen, welche erklären, dass die Consummation des Zweikampfes mit seinem Anfang zusammenfalle, mit Worten einen Gegensatz an-

---

[36] Dies geschieht auch, wenn der Richter nur ermächtigt wird, den ersten Akt abweichend vom letzten zu behandeln cf. z. B. § 32 alin. 1 preuss. Straf-G.-B. und oben Note 62 S. 152.

[37] Soweit daher ein Verbrechen seiner Natur nach des successiven Uebertritts des Willens in die Aussenwelt zu seiner Existenz nicht bedarf oder soweit es nicht eine Handlung erfordert, in der wir mit unsern Sinnesorganen die einzelnen Akte zu constatiren vermögen, ist der Gegensatz zwischen Beginnen und Vollenden unter allen Umständen ohne jede rechtliche Bedeutung z. B. bei den delicta omissionis und bei den Verbalinjurien.

erkennen, über den sie sich thatsächlich hinwegsetzen. Aber auch noch anderweitige Beispiele stehen uns zu Gebote, um den Nachweis zu führen, dass man in dem Glauben, den letzten Akt zu ermitteln, in Wahrheit den ersten zu erforschen sich bemüht hat. Wenn Zachariae [38] einen Versuch des Landesverrathes dahin construirt, dass der an eine fremde Regierung gesandte, zum Krieg gegen das Vaterland aufreizende Brief aufgefangen wird, so will er damit nur den Gedanken ausdrücken, dass damit der erste Schritt, welchen man als eine Verbindung mit der auswärtigen Macht erachten könne, geschehen und damit der Thatbestand erfüllt sei. Der Streit zwischen Luden, [39] Osenbrüggen [40] und Schütze [41] über den „Versuch" der Bigamie dreht sich nicht um die Frage, wann das verbotene Verhältniss zur Beendigung, sondern um die, wann es zur Entstehung gelangt. In ähnlicher Weise täuschen sich diejenigen, welche bei dem Verbrechen der Aussetzung erklären, dass mit der Aufhebung der Verbindung zwischen Mutter und Kind die Consummation eintrete; [42] anstatt des letzten Aktes bezeichnen sie damit den ersten, welcher der gesetzlichen Charakteristik entspricht. Nicht die Consummation, sondern die Natur der Anfänge [43] bereitet der Praxis die Schwierigkeiten, über die sie klagt. [44] Hiergegen giebt es aber keine Erleichterungsmittel; wir haben es hier mit einer quaestio facti zu thun, deren Entscheidung im einzel-

---

[38] Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 175.

[39] Luden a. a. O. S. 505.

[40] Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht Bd. I S. 126.

[41] Schütze a. a. O. S. 329.

[42] Brackenhöft: Im Neuen Archiv des Crim.-R. pro 1847 S. 265. 266. Hiller: Versuchslehre des österreichischen Strafrechts in Grünhuts Zeitschrift pro 1878 S. 295.

[43] Hier stimme ich Berner bei, wenn er erklärt: „Es liegt in der Natur der Anfänge, sich dem Auge des Beobachters leicht zu entziehen" (Lehrbuch § 103 S. 175).

[44] Schwarze: Commentar S. 111.

nen Falle wir der richterlichen Gewissenhaftigkeit ohne jede Cautel anvertrauen müssen. Fern sei es daher von mir darüber zu rechten, ob der schwere Diebstahl mit dem Anstellen der Leiter an die Wand oder erst mit dem Betreten der untersten Sprosse, ob die unbefugte Auswanderung eines Wehrpflichtigen mit dem Lösen des Bahnbillets oder mit dem Einsteigen in das Coupé, ob der Versuch des Mordes mit der Bewegung der Hand gegen den Hals oder mit dem Druck gegen den Kehlkopf beginnt. Auch der Gesetzgeber verfügt hier über kein Remedium, und die Praxis wird daher die Bestimmung der Anfangsgrenze vermissen, gleichviel ob die partielle Rechtsverletzung der Strafe der totalen entzogen bleibt oder ihr unterworfen wird.

Legislatorisch dagegen involvirt die Verschiedenheit des Strafmaasses die Aufstellung eines ungemein verwickelten Systems. Den Verbrechen, bei denen man geneigt sein möchte, auf eine mehr oder minder fortgeschrittene Thätigkeit Rücksicht zu nehmen, stehen diejenigen gegenüber, bei denen sich dies von selbst verbietet. Wir können uns insoweit jeder Auseinandersetzung enthalten: das Bedürfniss, bei einer ganzen Reihe von Strafvorschriften die Consummation auf den Anfang zu verlegen, deutet allzu lebhaft auf die Unzuträglichkeit einer einheitlichen Lehre hin, als dass wir hierüber nur noch ein Wort verlieren sollten. Aber selbst bei den Delikten, bei denen sich der Missstand zeither nicht fühlbar gemacht hat, haben wir es zum Theil nur dem Zufall zuzuschreiben, dass wir bisher die Gefahr, welche die posena extraordinaria in sich birgt, zu beobachten keine Gelegenheit hatten. Man wird uns wohl zugeben, dass wenn irgend ein Verbrechen auf den ersten Blick es zu rechtfertigen scheint, dass die der Consummation vorangehenden Akte mit der ausserordentlichen Strafe belegt werden, dies der Meineid ist; denn nur als vollendetes Delikt ist er im Stande, der Rechtspflege die Wunden zu schlagen, um deren Verhütung und um deren Sühne willen er unter Pönalsanktion gestellt ist. Nichts destoweniger ist es auch bei ihm bedenklich, den Grundsatz, dass das un-

vollendete Verbrechen milder zu ahnden ist, beizubehalten. Ist nämlich die Eidesformel für die verschiedenen Confessionen verschieden, so kann der Umstand, dass der Bekenner des jüdischen Glaubens eine kürzere Formel auszusprechen hat als der des christlichen Glaubens leicht dazu führen, dass ceteris paribus der eine mit Zuchthaus-, der andere mit Gefängnissstrafe belegt wird. Ist die Sachlage der Art, dass die That des einen in ihrer Vollendung ausreichend mit dem Minimum der ordentlichen Strafe gesühnt ist, so würde nach meiner Ansicht der Richter gegen die ratio legis verstossen,[45] wenn er die des Anderen als unvollendetes Verbrechen gleich hart bestrafen wollte. In letzter Linie würde daher die Confession entscheiden, ob die poena ordinaria oder extraordinaria anzuwenden ist. Zugleich ersehen wir daraus, dass die Lehre, dass die Schuld proportional der Annäherung zum verbrecherischen Ziele hin wachse,[46] cum grano salis verstanden werden muss. Erst wenn der Gesetzgeber die Eidesformel für alle Staatsbürger gleich normirt und alle weiteren Zusätze, welche der Schwörende zur Wahrung seines religiösen Standpunktes daran zu knüpfen für gut befindet, verbietet, wäre er nach menschlicher Voraussicht sicher, dass nicht ein rein äusserlicher Umstand von criminalrechtlichen Folgen begleitet wird. Bei den Parteieneiden dagegen würde er Vorkehrungen zu treffen haben, dass nicht die Eidesnorm in die Eidesformel aufgenommen werde: die grössere oder geringere Zahl der Worte könnte sonst Consequenzen nach sich ziehen, die

[45] Wird der Fall, wie er im Text fingirt ist, der richterlichen Beurtheilung unterstellt, so geht wohl Rüdorff Straf-G.-B. Note 2 zu § 44 in seiner im Uebrigen begründeten Polemik gegen Rubo zu weit, wenn er die Meinung vertritt, dass der Richter nur bei absolut bestimmten Strafen sich die Strafe, welche auf das vollendete Verbrechen zu verhängen sein würde, zu vergegenwärtigen im Stande sei.

[46] Damit wird die italienische Doktrin theoretisch gerechtfertigt cf. Zachariae a. a. O. Bd. II S. 55. Mittermaier im Neuen Arch. des Crim.-R. Bd. IV S. 29. Köstlin: System S. 246. Chauveau et Hélie l. c. Bd. I Nr. 575 S. 168. Carrara a. a. O. § 129. 130 S. 94 u. A. m.

mit den Principien der Gerechtigkeit nicht im Einklang stehen. Der Gesetzgeber handelt daher nach meiner Meinung vorsichtiger, wenn er sich seine Aufgabe erleichtert. Er braucht nur bei den Verbrechen, bei denen es ihm darum zu thun ist, den gegenwärtigen Zustand auch fernerhin aufrecht zu erhalten, das Strafminimum herabzusetzen und er erreicht seinen Zweck durch eine seinen Intentionen entsprechende richterliche Zumessung. Denn dadurch würde der faktische Gegensatz wieder hergestellt werden, während die Judicatur, ihn würdigend, in der Lage wäre, je nach der Individualität des Falles die angemessene Strafe zu arbitriren. Ich möchte jedoch noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, dass wir den Grundsatz, dass das unvollendete Verbrechen einer milderen Ahndung unterliegen solle, de jure verlassen können, ohne ihm de facto ein Surrogat zu substituiren. In unserer Gesetzgebung ist nämlich einerseits der Strafrahmen so weit gezogen und andererseits das Institut der mildernden Umstände derart erweitert, dass der Unterschied in der Quantität wohl eine Herabsetzung des gegenwärtigen Strafminimum nicht erforderlich macht. So elastisch ist das heutige System, dass der Richter, wenn freilich auch ganz exceptionell, es in seiner Hand hat, anstatt auf Zuchthaus-, auf eine eintägige Gefängniss- oder auf eine den Betrag von drei Mark nicht übersteigende Geldstrafe zu erkennen.[47] Anders steht es mit den durch eine absolute Strafe bedrohten Verbrechen: hier wird der eine oder andere Weg, der uns zu Gebote steht, einzuschlagen sein, ohne dass wir uns ein definitives Urtheil darüber erlauben wollen, welcher von beiden den Vorzug verdient. Um des Gegensatzes willen, den wir damit betonen, würden wir glauben, in unserer Auffassung in Einseitigkeit zu verfallen, wollten wir nicht anerkennen, dass die italienischen Praktiker und die Carolina für die damalige Zeit mit der Lehre, dass das unvollendete Verbrechen milder zu bestrafen sei, einen wesentlichen Fort-

[47] § 146 und resp. § 282.

schritt angebahnt haben. So lange Lebens- und Leibesstrafen die vorzüglichsten Strafmittel bilden, lässt sich der Quantitätsunterschied nicht anders berücksichtigen, als dass an ihn generisch andere Folgen geknüpft werden. Ist es uns aber meistentheils möglich, ihm wiederum einen Quantitätsunterschied entsprechen zu lassen, so sind wir insoweit nicht mehr genöthigt, die faktische Differenz zu einer rechtlichen umzugestalten. Indem wir an der Tradition festhalten, tragen wir nur äusserlich den Principien, welche für frühere Jahrhunderte angemessen waren, Rechnung, während wir die innere Verschiedenheit, welche die heutige Gesetzgebung von der mittelalterlichen trennt, nicht berücksichtigen. Damit ignoriren wir in Wahrheit den Art. 178 P.-G.-O., während wir ihn scheinbar zur Unterstützung unserer Auffassung heranziehen. Nur in den Fällen, in welchen die Strafe an „leib oder leben“ ging, wollte Schwarzenberg das unvollendete Verbrechen milder geahndet,[48] im Uebrigen aber die poena ordinaria angewendet wissen. Von unserem Gesichtspunkt aus liegt hierin kein Widerspruch, vom Standpunkt der herrschenden Doktrin müsste man dagegen Schwarzenberg entgegenhalten, dass er die peinlichen Missethaten milder, die nur bürgerlich zu ahndenden Uebertretungen aber härter behandelt habe; bei mangelnder Vollendung habe er jene der ordentlichen Strafe entzogen, diese ihr mit rigoroser Strenge unterworfen.[49]

Wenden wir uns nunmehr den zusammengesetzten Verbrechen zu. Bei ihnen erkennen wir den Satz, dessen Richtigkeit wir noch soeben bestritten haben, unumwunden an. Damit begehen wir indess keine Inkonsequenz: der

---

[48] Im Art. 104 — cf. auch Art. 110 — wird zwar als peinliche Strafe die bezeichnet, welche an leib, leben, ehren oder glidern geht, im Schlusspassus des Art. 178 wird sie indess im engeren Sinne genommen. cf. Luden a. a. O. S. 523.

[49] Der etwaige Einwand, dass bei den delicta leviora die Strecke zwischen dem Beginn und Ende der Rechtsverletzung straffrei gewesen, wird sich durch die Ausführungen in folgenden § wohl von selbst erledigen.

doppelte Sinn, den man mit dem Ausdruck der „Vollendung“ verbindet, versetzt uns in die Nothwendigkeit, hier zuzugeben, was wir vorher geleugnet haben. Bei den einfachen Delikten, von denen wir bisher im gegenwärtigen Abschnitt gesprochen haben, bezeichnet man nämlich damit den Consummationspunkt, bei den zusammengesetzten Verbrechen, wie wir sie an einer anderen Stelle definirt haben,[50] das Consummationsmerkmal. Dort erachtet man die Strafsanktion als an die Summe der homogenen Glieder, hier als an die Gesammtheit der generisch von einander verschiedenen Theile gebunden. Wir stehen daher nunmehr einer veränderten Situation gegenüber. Mussten wir dort entgegnen, dass jeder Akt der gesetzlichen Charakteristik entspricht, so müssen wir hier umgekehrt zugeben, dass mit der partiellen Rechtsverletzung der Norm noch nicht zuwidergehandelt ist. Dort wäre die ordentliche Strafe anzuwenden, wenn keine abweichende Bestimmung getroffen wäre, hier wäre sie ausgeschlossen, wenn ein Codex sich schweigend verhielte. Dort dient die poena extraordinaria dazu, ein strenges Princip angemessen zu mildern, hier dazu, ein allzu mildes Princip angemessen zu verschärfen. Will nämlich der Gesetzgeber bei den zusammengesetzten Verbrechen verhüten, dass deren theilweise Verübung sich der Straffreiheit erfreue, so hat er Vorsorge zu treffen, dass die That auch schon dann von einer Pönalsanktion betroffen wird, wenn sie den Deliktsbegriff nicht vollständig verwirklicht. Demgemäss muss er, wenn er der Verschiedenheit der Qualität Rechnung tragen will, derart procediren, dass er die Strafe für die totale Verletzung der Norm anders bemisst als die für die partielle. Meines Erachtens geschieht dies in der Weise, dass die erste Handlung einer selbständigen (ausserordentlichen) Strafe unterworfen wird, so dass die ihr folgenden Akte, so lange dadurch nicht die Congruenz mit den gesammten Merkmalen des Begriffes hergestellt wird, nur faktische Bedeutung haben. Wir wollen

[50] S. oben S. 572.

unsere Ansicht an drei Delikten verdeutlichen, an der Nothzucht, dem schweren Diebstahl und dem Betruge. Bei der Nothzucht würden wir die Anwendung der physischen oder psychischen Gewalt als von der poena extraordinaria betroffen erachten. Ob der Thäter nach Beseitigung des ihm geleisteten Widerstandes Seitens der von ihm angegriffenen Frauensperson noch weitere Schritte thut, um seinen Willen durchzusetzen, würde nur bei der Strafzumessung in die Wagschaale fallen, den rechtlichen Charakter seiner That aber nicht verändern, so lange er nicht zu dem Akte übergeht, den man heut als die Consummation bezeichnet und von dem wir behaupten, dass mit ihm die Verletzung der Norm in ihrer Totalität den Anfang nimmt. In gleicher Weise würden wir den Einbruch als selbständig unter die mildere Strafe gestellt betrachten und sie zur Anwendung bringen, es mag der Dieb die Kommode leer gefunden oder die darin liegenden Sachen für allzu werthlos gehalten haben, so dass wir zu der ordentlichen Strafe erst greifen würden, wenn es zur Apprehension gekommen ist. Beim Betruge endlich würden wir die Irrthumserregung einer- und die Vermögensbeschädigung andererseits als die beiden rechtlich erheblichen Grenzen behandeln, und das dazwischen liegende Gebiet der thatsächlichen Würdigung überlassen.

Bei den zusammengesetzten Verbrechen, innerhalb deren die Mehrheit von Handlungen dadurch entsteht, dass zu der des Delinquenten eine Leistung oder Unterlassung Seitens eines Dritten hinzutritt, dürfte wohl die diesseits vertretene Anschauungsweise nicht Widerspruch erregen. Der Raum zwischen der partiellen und der totalen Rechtsverletzung wird durch Vorgänge ausgefüllt, die ihrer Natur nach der rechtlichen Bedeutung entbehren. Die Folgen der That, welche dem zweiten Theile des Deliktsbegriffes nicht entsprechen, haben eine gesetzliche Berücksichtigung nicht erfahren. Sie werden weder von der ordentlichen noch von der ausserordentlichen Pönalsanktion umfasst. Sie sind deshalb lediglich als faktische Momente bei der Strafzumessung in Anschlag zu bringen.

Anders verhält es sich anscheinend mit denjenigen zusammengesetzten Verbrechen, welche eine Mehrheit von Handlungen Seitens des Thäters erfordern. Hier könnte man versucht sein, mir entgegenzuhalten, dass ich willkürlich verfahre, wenn ich dem einen Theil die rechtliche Relevanz zugestehe, dem andern sie abspreche. In Wahrheit ist aber die Sachlage nicht wesentlich verschieden von der, welche ich soeben besprochen habe. Um die partielle Rechtsverletzung einer Strafe zu unterwerfen, muss nämlich der Gesetzgeber die Merkmale des unvollständigen Deliktsbegriffes angeben. Bei der generischen Verschiedenheit der Theile sieht er sich deshalb genöthigt, einen unter ihnen herauszugreifen und ihn mit der poena extraordinaria zu belegen. Die für ihn gegebene Charakteristik geht damit von selbst den übrigen Theilen ab. Wenn dabei unter den conkurrirenden Handlungen, welche in Betracht kommen könnten, nur die erste ihre Berücksichtigung findet, so hat dies einen doppelten Grund: das zusammengesetzte Verbrechen wird dadurch einerseits an seiner Schwelle und andererseits an seiner gefährlichsten Stelle getroffen. Nicht sowohl gegen den Zweck, welchen der Thäter erstrebt, als vielmehr gegen die Mittel, deren er sich hierzu bedient, wendet sich der Gesetzgeber, wenn er combinirte Verbrechensbegriffe schafft. Der Raum zwischen der partiellen und der totalen Rechtsverletzung ist daher auch hier weder von der ordentlichen noch von der ausserordentlichen Strafe geschützt. Damit stimmt überein, dass die Codifikationen, welche den Zweck des Verbrechers bei einzelnen Delikten aus dem Thatbestand ausscheiden, genau die Strecke, welche ich als von der ausserordentlichen Strafe umfasst bezeichnet habe, der ordentlichen Strafe unterstellen,[51] so dass sie die jenseitigen Ereignisse bedingungslos zum Gegenstand der faktischen Würdigung machen, während wir dies nur unter der

[51] Hessen Art. 344. — Thüringen Art. 152. — Braunschweig § 175. — Oesterreich § 190 und § 197.

Bedingung thun, dass dadurch nicht der vollständige Verbrechensbegriff verwirklicht wird.

Unter einem unvollständigen zusammengesetzten Verbrechen verstehe ich daher ein solches,

dessen partielle Verübung einer selbständigen Strafe unter der Voraussetzung unterwofren ist, dass die That sich mit den Merkmalen der ersten unter einander subjektiv verbundenen Handlungen deckt, ohne die des combinirten Begriffs zu erfüllen.

Gemäss dem Prinzipe, welches wir bei den einfachen Delikten aufgestellt haben, ist damit die Handlung in allen ihren einzelnen Akten bedroht. Hieraus leite ich erst unser Recht ab, denjenigen wegen unvollendeten schweren Diebstahls zu bestrafen, der auch nur mit einem Fuss die angestellte Leiter betreten hat.

Damit gewinnt die Frage, ob der Raub und der schwere Diebstahl Qualifikationen des einfachen Diebstahls oder einen combinirten Verbrechensbegriff bilden, ihre praktische Erheblichkeit. Im ersteren Falle würden wir die der Apprehension vorangehenden Akte, soweit sie nicht eine selbständige Rechtsverletzung enthalten, für rechtlich bedeutungslos, im letzteren für rechtlich bedeutungsvoll zu erklären haben. Die herrschende Ansicht theilt mit uns die Consequenzen, welche aus diesem Standpunkt fliessen, während sie von einer Voraussetzung ausgeht, welche jenem entspricht.

Allgemein wird nämlich der Raub als ein durch die Anwendung der Gewalt ausgezeichneter Diebstahl charakterisirt,[52] und noch weit weniger wird bezweifelt, dass man es beim schweren Diebstahl unter allen Umständen mit einer Qualifikation des einfachen Delikts zu thun habe.[53]

---

[52] Mittermaier: Im Gerichtssaal pro 1859 S. 226. 227. Oppenhoff a. a. O. Note 2 zu § 249. Osenbrüggen a. a. O. S. 86. 87. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 528. 529. Berner a. a. O. S. 511 a. Meyer a. a. O. S. 479.

[53] Meyer a. a. O. § 116 S. 461—471. Berner a. a. O. S. 502—507. Zachariae: in Goltdammers Arch. Bd. V S. 579. 580. Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 673 u. a. m.

Was zunächst den Raub anlangt, so hat unser Gesetzbuch sich ebensowenig dem französischen Recht angeschlossen, welches ihn als einen mit Gewalt gegen die Person verübten Diebstahl behandelt,[54] noch den von einzelnen deutschen Partikularrechten adoptirten Theorieen, welche ihn als eine durch die diebische Absicht qualificirte Gewalt auffassen,[55] vielmehr hat es den Begriff derart construirt, dass er sich aus zwei zu einander im Verhältniss von Mittel und Zweck stehenden Handlungen, der Anwendung von Gewalt und der Wegnahme der Sache, zusammensetzt.[56] Wenn daher der Raub als qualificirter Diebstahl bezeichnet wird, so wird damit der französischen, nicht der deutschen Auffassung Rechnung getragen. Die Differenz macht sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend. Bei jenem Standpunkt wäre der Thatbestand erfüllt, wenn die Gewalt den Akt der Apprehension begleitet, bei diesem, wenn er ihm vorangeht. Demgemäss wäre nach jenem die Strafe des Raubes anzuwenden, wenn der Dieb uno actu die zu entwendende Sache entreisst, während nach diesem die des Diebstahls zu verhängen wäre. Nicht durch Gewalt, sondern mit Gewalt wäre die Apprehension bewirkt worden.[57] Nehmen wir einen qualificirten Diebstahl an, so wäre weiter der Ascendent, welcher Gewalt gegen seinen Descendenten anwendet, durch § 247 alin. 2 R.-St.-G. gedeckt; nehmen wir dagegen einen selbständigen Begriff an, so würde ihm damit die Berufung auf sein Verwandtschaftsverhältniss abgeschnitten sein. In jenem Falle wäre der Raub Seitens eines Angehörigen gegen den andern ein Antragsdelikt. in diesem von der Bestimmung des § 247 alin 1 a. a. O. un-

---

[54] Art. 382 C. P. (Ges. vom 13. Mai 1863.)

[55] cf. oben Note 51.

[56] Motive des II. Entw. zu § 244.

[57] Der § 176 Nr. 1 spricht von der Vornahme unzüchtiger Handlungen „mit Gewalt", der § 177 von der Nöthigung zum Beischlaf „durch Gewalt"; es scheint jedoch die Abweichung im Ausdruck nicht bedeutsam zu sein cf. Oppenhoff a. a. O. Note 6 zu § 176 Nr. 1 und Schwarze: Commentar S. 470 sub voce „Gewalt."

abhängig. Dort wäre die Anwendung von Gewalt, welche nicht zum Ziele führt, als ein selbständiges, hier als ein unvollständiges Verbrechen zu ahnden.

Wenn die Wissenschaft in Uebereinstimmung mit der Praxis alle Folgerungen abweist, die sich aus der französischen Theorie ergeben würden, und alle Folgerungen adoptirt, welche der deutsche Begriff des Raubes erfordert, so trennt mich freilich von ihr mehr die Form als der Inhalt. Wie wichtig es aber ist, die Sache auch mit dem richtigen Namen zu bezeichnen und nicht nur den falschen Schlussfolgerungen, zu denen die Ausdrucksweise Veranlassung bieten könnte, entgegenzutreten, ersehen wir, wie die herrschende Lehre anderweitig aufgefasst worden ist. Lammasch ruft uns, die wir in der Versuchslehre die objektive Theorie vertreten, zur Warnung folgende Bemerkungen entgegen:[58]

> „*Nach heutigem deutschen Reichsstrafgesetze und dessen Interpretation durch die herrschende Doktrin kann diese Handlung (sc. der erfolglose Angriff des Räubers), da sie ohne Gewalt kein Versuch des Diebstahls ist, mit Gewalt auch kein Versuch des Raubes sein, nnd wird daher nur nach Massgabe des etwa eingetretenen Zwischenerfolges zu beurtheilen sein, der aber kaum ein besonders schwerer sein dürfte, da ja der Angegriffene, der nichts bei sich hat, sich regelmässig eher wird vollständig durchsuchen lassen, als dass er durch Widerstand sich einer persönlichen Gefahr aussetzt. Der Bestand einer derartigen Gesetzgebung muss daher in der Brust des Richters den frommen Wunsch erregen: hätte doch der Angeklagte nur dem Angefallenen ein paar Knochen entzweigeschlagen, dass man ihn länger einsperren könnte!*
>
> *Ist die Gesetzgebung unserer Zeit berufen, diesem Ziele zuzustreben?*"

Wir tragen daher zur Beseitigung von naheliegenden Missverständnissen das Unsrige bei, wenn wir den Raub

[58] Lammasch a. a. O. S. 34. 35.

als einen selbständigen, combinirten Verbrechensbegriff, der mit dem Diebstahl in seinem zweiten Theile correspondirt, qualificiren.

Aehnlich verhält es sich mit dem schweren Diebstahl. Zur Vermeidung von Irrthümern heben wir jedoch hervor, dass wir ihn nur in soweit als eine Unterart des einfachen Delikts nicht anerkennen, als die Qualifikation, wie man sich heut auszudrücken pflegt, in einer der Apprehension vorangehenden Handlung besteht. Wäre, wie die Motive hervorheben,[59] die Begehungsweise durch Einsteigen und Einbrechen blos ein die Strafbarkeit erhöhendes Moment, so würden wir denjenigen, welcher betroffen wird, während er einen dieser Akte in der Absicht vornimmt, einen Diebstahl auszuführen, zu Unrecht nach §§ 243. 44 R.-St.-G. bestrafen. Selbst wenn wir darin einen Beweis für seine Intention, sich eine fremde bewegliche Sache anzueignen finden und eine praesumtio doli statuiren wollten: über den Stein des Anstosses kommen wir nicht hinweg, dass damit allenfalls die Strafe wegen eines versuchten einfachen, nicht aber die wegen des unvollendeten schweren Deliktes gerechtfertigt wäre.[60] Umgekehrt würden wir, wenn das Einschleichen in ein bewohntes Gebäude, die Anwendung von falschen Schlüsseln u. s. w. nur ein Qualifikationsgrund wäre, zu Unrecht die Strafe des einfachen Diebstahls über denjenigen verhängen, der entweder zur Nachtzeit stiehlt,

---

[59] Motive zu Entwurf I zu § 215—222 S. 164. 165.

[60] In der That hat auch ein Schwurgerichtshof in Preussen nur wegen versuchten einfachen Diebstahls verurtheilt. Das Ob.-Trib. hat zwar durch Erkenntniss vom 1. Februar 1866 die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft für begründet erachtet und auf die Strafe des versuchten schweren Diebstahls erkannt, allein die Motivirung ist nicht stringent (in Goltdammers Arch. Bd. XIV S. 274—277). In demselben Satze wird das Einsteigen „ein mit der Hauptthat conkurrirender, mit derselben sich verbindender Nebenumstand" und „ein Merkmal in dem Gesammtbegriff des schweren Diebstahls" genannt. Damit wird das Einsteigen gleichzeitig für ein Strafbarkeits- und für ein Begriffsmerkmal ausgegeben.

nachdem er sich ohne widerrechtliche Absicht in einem Wohnhause versteckt oder Transportmittel entwendet, und sie hinterdrein mittels Dietriche geöffnet hat.[61] Wollen wir daher zu einer Voraussetzung gelangen, welche nicht mit unseren Folgerungen in Widerspruch steht, so werden wir die herrschende Lehre dahin zu berichtigen haben:

„*Mit der Verbindung von Mittels- und Zweckhandlung hat der Gesetzgeber einen neuen Verbrechensbegriff geschaffen. Insoweit unterscheidet sich der einfache Diebstahl vom schweren nicht wie das genus von der species, sondern wie ein selbständiges Delikt von dem andern. Der der Apprehension vorangehende Akt ist kein Strafbarkeits-, vielmehr ein Deliktsmerkmal. Insoweit fallen der einfache und der schwere Diebstahl nicht unter eine einheitliche Norm.*“

Wird unsere Auffassung über das unvollendete Verbrechen, es sei ein einfaches oder zusammengesetztes, gebilligt, so ist der Grundsatz, welchen Carrara in die Rechtswissenschaft eingeführt und dahin formulirt hat: Die Untauglichkeit eines späteren Aktes thut der Tauglichkeit der ihm vorangehenden Akte keinen Abbruch,[62] für uns auch innerhalb der zweiten Art der unvollständigen Delikte entbehrlich.[63] Wer über den Eingang wacht, ist der Mühe, den Angriff auf der dahinter liegenden Strecke abzuwehren, überhoben.

Damit ist freilich die herrschende Theorie, welche den

[61] Das Ober-Tribunal hat früher angenommen, dass die Strafe des schweren Diebstahls auch dann gerechtfertigt sei, wenn der Dieb, nachdem er aus einer anderen Veranlassung eingestiegen war, hinterdrein den Entschluss fasst, zu stehlen, indess diese Ansicht späterhin aufgegeben cf. Oppenhoff Note 53 zu § 243. — Die im Text vertretene Ansicht ist jedenfalls heut zu Tage die herrschende cf. Merkel in v. Holtzendorff's Handb. Bd. III S. 678. — Meyer a. a. O. S. 464 Note 15. — Hälschner a. a. O. Bd. II S. 472. 473 u. a. m.

[62] Carrara a. a. O. S. 56 „La idoneità susseguente non modifica gli atti ante cedenti.“

[63] Ueber seine Entbehrlichkeit bei den versuchten Delikten s. oben S. 446.

Rücktritt als einen die Strafbarkeit von Rechtswegen aufhebenden Umstand erachtet, unvereinbar. Denn von dem Standpunkt aus, den wir vertreten, ist mit dem ersten Akte die Strafe unwiderruflich verwirkt, bei den einfachen Delikten, weil die That den Merkmalen der totalen, bei den zusammengesetzten Delikten, weil sie den Merkmalen der partiellen Rechtsverletzung entspricht. Dort ist damit den Bedingungen Genüge geschehen, von denen das Gesetz die Anwendung der ordentlichen, hier denen, von denen es die der ausserordentlichen Strafe abhängig gemacht hat. Die Norm, welche die Handlung untersagt, ist definitiv in dem einen wie dem anderen Falle übertreten und damit die Voraussetzung erfüllt, an welche die Pönalsanktion gebunden ist. Nicht auf sein Recht hat der Thäter zu pochen, sondern die Langmuth des Gesetzgebers anzurufen, soll ihm seine Sinnesänderung als ein die Strafe aufhebender Umstand zu Gute kommen.

Die Widerlegung der communis opinio ist uns dadurch ausserordentlich erschwert, dass sich hier die Vermengung der beiden Arten der unvollständigen Delikte, auf deren Scheidung wir den Nachdruck legen, ganz besonders fühlbar macht. Wie sehr hier heterogene Begriffe von einem gemeinsamen Gesichtspunkt aus behandelt worden sind, ersehen wir aus dem Entwurf eines österreichischen Strafgesetzes vom Jahre 1874. Während der § 49 wörtlich vorschreibt:

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter:

1. „*aus eigenem Antriebe und nicht in Folge äusserer, von seinem Willen unabhängiger Hindernisse von der Vollendung des Verbrechens oder Vergehens abgestanden ist*, *oder*

2. „*zur einer Zeit, in welcher die That noch nicht entdeckt war, aus eigenem Antriebe den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens erforderlichen Erfolges abgewendet hat*“.[64]

[64] Ueber die Worte „eigener Antrieb“ cf. Schwarze: Bemerkungen zu dem Entwurf des Strafgesetzbuches für das Kaiserthum Oesterreich S. 34 fg.

und mithin in seinem ersten Passus der Verbrechen, deren Consummationsmerkmal in einem aus der That entspringenden Erfolge besteht, mit keiner Silbe erwähnt, weisen die Motive darauf hin, dass die beiden einander gegenübergestellten Bestimmungen sich dadurch unterscheiden, dass die erstere die Fälle behandele, in denen die Herbeiführung des Erfolges noch weitere Maassnahmen erfordere, während die letztere die Fälle umfasse, in denen bereits Alles geschehen sei, was hierzu nothwendig wäre. Der Entwurf übergeht daher im § 49 Nr. 1 das versuchte, und die Begründung das unvollendete Delikt. Freilich darf dabei nicht verkannt werden, dass man heut zu Tage allgemein der Consummation bald den Mangel des Thatbestandes, bald den Beginn gegenüberstellt. Immerhin bleibt jedoch der Widerspruch zwischen dem Gesetzentwurf und den Motiven bestehen, dass jener die Straffreiheit für alle dolosen Verbrechen und Vergehen ausspricht, während diese sie nur für einen beschränkteren Kreis von Delikten begründen. Nicht minder tritt die Vermengung in der Litteratur hervor. Denn wenn wir auch vom delictum perfectum absehen, und an dieser Stelle nur das delictum inperfectum berücksichtigen, so stossen wir doch bald auf einen Gedanken, der darauf hindeutet, dass er auf das unvollendete Verbrechen hinzielt, und bald wieder auf einen solchen, welcher verräth, dass er das 'versuchte Verbrechen im Auge gehabt hat. Wenn Osenbrüggen[65] und Geyer[66] erklären, dass Thatsachen unerbittlich sind, und das Geschehene seine Sühne fordert. so sprechen sie von jener, wenn Binding[67] und Otto[68] von

[65] Osenbrüggen a. a. O. S. 38.

[66] Geyer: Erörterungen S. 87. Derselbe im Gerichtssaal pro 1866 S. 40.

[67] Binding a. a. O. Bd. I S. 43 Note 89 Bd. II S. 251.

[68] Otto a. a. O. S. 84—90, der dabei freilich so weit geht, dass er auch die Strafe des vollendeten Deliktes durch ein Handeln im entgegengesetzten Sinne für ausgeglichen erachtet. Darin sieht er zugleich „einen besonderen Vortheil“ der ihm eigenthümlichen Strafrechtstheorie.

einer paralysirenden Thätigkeit sprechen, die im Stande sei, dem ausgestreuten Keim seine Triebkraft zu nehmen, so reden sie von dieser Gattung der unvollständigen Delikte. Jene übersehen, dass wenn das Gesetz die Strafe an die Folgen einer That geknüpft hat, allerdings die Möglichkeit gegeben ist, rechtzeitig dem rollenden Rade des Naturcaussalismus in die Speichen zu fallen, diese übersehen, dass wenn die Bedingungen, von denen die Verhängung der Strafe abhängig ist, zur Existenz gelangt sind, der Wille machtlos ist, hieran etwas zu ändern. Wer die Straflosigkeit vertheidigte, erklärte damit die Merkmale des Versuches für beseitigt,[69] wer für die Strafmilderung das Wort ergriff, die Merkmale des unvollendeten Deliktes für erfüllt.[70] Wer von Reue sprach, ging von dieser,[71] wer von der Rückziehung der Absicht sprach, von jener Voraussetzung aus.[72] So befehdete man sich gegenseitig auch hier, ohne den Schwerpunkt der Meinungsdifferenz zu erkennen. Damit war auch der Controverse, mit der wir uns hier zu beschäftigen haben, wie allen ihren Vorgängerinnen eine ewige Dauer gewährleistet. Was bereits zur Zeit der italienischen Praktiker streitig war, ist noch heute ebenso streitig. Dennoch liegen die Verhältnisse wesentlich verschieden. Die Straflosigkeit des Rücktritts war von dem Standpunkt der Glosse aus ein unentbehrlicher Nothbehelf, vom Standpunkt der Carolina aus eine übertriebene Milde. So lange nämlich

---

[69] Zachariae in der Lehre vom Versuch Bd. II S. 239—242. Derselbe in Goltdammers Arch. Bd. V S. 588—592. Berner: Lehrbuch S. 180. Rossi a. a. O. Chap. 32 S. 175—179. Heffter: Lehrbuch § 99 S. 84 u. a. m.

[70] Lelièvre a. a. O. S. 342—351. Tittmann: Handbuch Band I § 98 S. 195. A.-L.-R. Th. II Tit. 20 § 43. Sächs. Ges.-B. von 1838 Art. 28 (abgeändert durch Art. 44 des Straf-G.-B. vom 13. August 1855).

[71] Mittermaier: Im N. Arch. des Crim.-R. Bd. I S. 199—202. John: Entwurf S. 223. Krug a. a. O. S. 26.

[72] Köstlin: System S. 231. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 200. 201. v. Buri: Abhandlungen S. 57. v. Tippelskirch: Zur Lehre vom strafbaren Versuch in Goltdammers Arch. pro 1871 S. 487 u. a. m.

die Auffassung herrschte, dass die Manifestirung des Willens, ein Verbrechen zu verüben, der Bestrafung unterliege, bot die Reue die willkommene Handhabe, die Strenge des Principes abzustreifen. Wer die colloquia und basia unter dem Titel des Ehebruches zur Rechenschaft zu ziehen sich veranlasst fühlt,[73] bestraft das Vergangene um der Zukunft willen. Ist der Beweis der Reue geliefert, so kommt damit der Grund zur Strafe in Wegfall.[74] Würde Köstlin die Lehre vertheidigt haben, dass der, welcher in eine Gesellschaft geht, um einen Anderen zu beleidigen, sich aber aus ihr wieder entfernt, ohne auch nur ein Wort gesprochen zu haben, dem Criminalrichter unweigerlich überliefert werden müsse, so wäre die Unzuträglichkeit seiner Theorie in grellster Weise zum Vorschein gekommen. Er nimmt deshalb zu dem Auswege seine Zuflucht, dass er der That, deren Strafbarkeit von vornherein sich nicht begründen lässt, hinterdrein zur Straflosigkeit verhilft. Mit der Zurückziehung der Absicht erachtet er daher die ganze Sache für abgethan.[75] Wer herausfühlt, dass er zu früh eingreift, muss in einem späteren Stadium den Fehler beseitigen, den er in dem früheren begangen hat. Deckt sich dagegen die Strafbarkeit mit der verbrecherischen Strecke, so hört damit das Bedürfniss, nach Correktivmitteln zu greifen, auf. Daraus erklärt es sich, dass unter den Italienern, als bereits die Unterscheidung zwischen strafbarem und straflosem Versuch zum Vorschein gekommen war, nunmehr eine Theilung der Ansichten stattfand, indem die einen die Reue auch noch weiterhin als einen die Strafe aufhebenden, die anderen als einen sie mildernden Umstand betrachtet wissen wollten.[76] Wenn daher Schwarzenberg bei dem unvollendeten

[73] S. oben S. 111.

[74] Seeger a. a. O. S. 13. „Einstimmig behandelten die Glossatoren die Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuches als allgemeinen Rechtssatz, indem hiervon nur das Majestätsverbrechen ausgenommen wurde.“

[75] Köstlin: N. Revision S. 377.

[76] Hälschner a. a. O. S. 201 Note 3.

Verbrechen, wie aus den Artikeln 119. 172 hervorgeht, die Strafe erst dann für verwirkt erklärt, wenn ein Theil des Deliktes bereits ausgeführt ist, nichtsdestoweniger aber sie gemäss des Art. 178 durch das freiwillige Abstehen für annullirt erachtet, so überträgt er eine Anschauung, welche in den Zeiten der Glosse ihre volle Berechtigung hatte, in eine Gesetzgebung, die sich von ihrer Lehre bereits insoweit losgesagt hatte. Wir werden es deshalb begreiflich finden, wenn die Doktrin des 18. Jahrhunderts sich nicht mit einem Grundsatz befreunden wollte, welcher aus dem Bedürfniss einer längst verflossenen Periode hervorgegangen war.[77] Indem unsere Gesetzbücher die Strafbarkeit auf den Akt verlegt haben, der den Anfang des Verbrechens bildet und dennoch dem Rücktritt Straflosigkeit zusichern, verlassen sie mit dem ersten Schritt die traditionelle Theorie, während sie sie mit dem zweiten für noch nicht verbessert erklären. Darin scheint mir der weitere Grund zu liegen, dass wir noch heut bei dem unvollendeten Verbrechen an einem Satz festhalten, der bereits von Julius Clarus aufgegeben war.[78]

Die Gründe, durch die man ihn in der modernen Litteratur zu stützen sucht, sind nach meiner Ansicht nicht überzeugend.

Hälschner ist, soweit er lehrt, dass die Verhinderung wider Willen ein die Strafbarkeit des unvollendeten Verbrechens begründendes Moment sei,[79] in seiner Auffassung über das begriffliche Wesen des Versuches isolirt geblieben. Allgemein wird anerkannt, dass das deutsche Gesetzbuch, indem es hierin nicht ein Constitutivmerkmal der Strafbarkeit, sondern einen die Strafbarkeit beseitigenden Umstand erblickt, einen nicht zu verkennenden Fortschritt angebahnt hat.[80] Wenn auch noch von einigen neueren Gesetzentwürfen

[77] Zachariae a. a. O. Bd. II S. 303. 304. Hälschner a. a. O. S. 201. Geib a. a. O. Bd. II S. 311.

[78] J. Clarus: § fin. qu. 60 n. 21.

[79] Hälschner a. a. O. Bd. I S. 199.

[80] Seeger in Goltdammers Archiv pro 1870 S. 231. 232. v. Tippelskirch a. a. O. S. 482—486. Schwarze: Commentar S. 111 u. a. m.

die französische Fassung beibehalten wird,[81] so glaube ich doch, dass wir uns ihr aus gutem Grunde entzogen haben. Denn sie leidet an dem inneren Widerspruch, dass sie die Pönalsanktion auf die Consummation bezieht, nichtsdestoweniger die ihr vorangehenden Akte nicht freigiebt, und darum die Berechtigung des Staates, das unvollendete Verbrechen zu bestrafen, aus Umständen ableitet, für welche der Thäter nicht verantwortlich ist.[82]

Schwarze vertheidigt die Straflosigkeit des Rücktrittes damit, dass dadurch „in Regel“ ein nicht sehr beharrlicher Wille dokumentirt werde.[83] Wäre der von ihm angegebene Grund durchschlagend, so wären wir jedenfalls in den Ausnahmefällen die Sinnesänderung zu ignoriren berechtigt, in welchen an der Hartnäckigkeit des Vorsatzes nicht zu zweifeln sein würde. Wer Monate lang daran arbeitet, falsche Münzen herzustellen, hat damit deutlich verrathen, dass er nicht momentanen Eingebungen folgt. Vor Allem dürfte entscheidend sein, dass wir, wollten wir auf die Intensivität des Willens das entscheidende Gewicht legen, dazu kämen, beim vollendeten Verbrechen, wenn Entschluss und Ausführung zeitlich nahe zusammenfallen, die Reue als

---

[81] Progetto del Codice Penale del regno d'Italia Art. 71: Chiunque ha manifestato la intenzione di commettere un reato con atti di esecuzione i quali furono interrotti e non giunsero a consumarlo per circonstanze fortuite e indipendenti dalla sua volontà, è colpevole di reato tentato ed è punito con la pena del reato consumato diminuta da due a tre gradi. Im Art. 73 ist nichts destoweniger des freiwilligen Abstehens als Strafaufhebungsgrundes noch besonders gedacht. Art. 56 des Niederländischen Entwurfs: Poging tot misdryjf is strafbaar, waneer het voornemen des daders zich door een begin von uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk niet is voltooid.

[82] cf. im Uebrigen Zachariae in Goltdammer's Arch. Bd. V S. 589. Schaper: Ueber einige Mängel des preuss. Strafgesetzes in Goltdammer's Arch. pro 1869 S. 163. Goltdammer in seinem Arch. pro 1860: Zur Lehre vom Versuch S. 631. 632.

[83] Schwarze in v. Holtzendorff's Handb. Bd. II S. 305. Dasselbe Argument kehrt auch anderweitig wieder cf. Zachariae in seiner Versuchslehre Bd. II S. 241. Mewes im Gerichtssaal pro 1872 S. 164.

Strafaufhebungsgrund anzusehen, und sie beim unvollendeten Verbrechen, wenn zwischen beiden ein geräumiger Intervall liegt, für rechtlich indifferent zu erklären.[84]

Mewes[85] argumentirt in einer Weise, dass er richtiger unser Recht, das unvollendete Verbrechen zu bestrafen, hätte in Abrede stellen sollen. Abgesehen davon, dass er der Unthätigkeit, in welche der Verbrecher zurückfällt, die Kraft zuschreibt, kommende Ereignisse zu verhindern, abgesehen weiter davon, dass auch er die beiden Arten der unvollständigen Delikte nicht auseinanderhält, abgesehen endlich davon, dass er ebenfalls die „Versuchsstrafe" als Verdachtsstrafe rechtfertigt, erklärt er ausdrücklich, dass erst mit der Vollendung, worunter wir bald den Consummationspunkt, bald das Consummationsmerkmal zu verstehen haben, der „Kreis des vom Strafgesetze beherrschten Gebietes" betreten werde, bis dahin sei der Thatbestand weder in subjektiver noch in objektiver Beziehung vollständig erfüllt.[86] Wäre die Argumentation zutreffend, so würde der Rücktritt das straflos machen, was vorher noch nicht strafbar war. Wir würden das Schuldig nicht aussprechen, weil vorsätzlich gefehlt, sondern, weil wider Willen nicht gefehlt worden ist.

Luden,[87] dessen Ausführungen verrathen, dass er das versuchte Verbrechen gemeint, das unvollendete Verbrechen aber getroffen hat, deducirt, um die Reue als Strafaufhebungsgrund zu rechtfertigen, wie folgt:[88]

„So lange der Verbrecher noch in dem Versuche steht,

---

[84] Schwarze hat sich von der herrschenden Doktrin leiten lassen, wenn er seinen früheren Standpunkt aufgegeben hat. In Goltdammers Arch. pro 1854 „Ueber das freiwillige Abstehen bei dem Versuch der Verbrechen" S. 429 fg. sagt er m. E. ganz zutreffend „ein beharrlich böser Wille ist nirgends als das Kriterium der Strafbarkeit in den Gesetzen aufgestellt worden" S. 433.

[85] Mewes: Die Grundsätze des Reichsstrafgesetzes über thätige Reue im Gerichtssaal pro 1872 S. 161 fg.

[86] a. a. O. S. 163. 164.

[87] Luden a. a. O. S. 517—522.

[88] a. a. O. S. 522.

ist die Möglichkeit einer Willensänderung allerdings bei ihm vorhanden, aber es ist ebenso möglich, dass er beharrt in seinem bösen Vorsatz. Diese Möglichkeit kann darum juristisch nicht von Bedeutung sein, und dem Verbrecher weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen. Es kann lediglich darauf ankommen, was er thut und beweist durch seine Handlungsweise. Hat er einmal den Beweis geliefert, dass er die Absicht habe, ein Verbrechen zu vollenden, so ist diese Absicht als fest und entschieden so lange anzunehmen, bis er durch neue Handlungen den Gegenbeweis liefert, dass er diese Absicht wieder aufgegeben habe."

Obwohl er also erklärt, dass wir zu einer praesumtio doli unsere Zuflucht nehmen würden, wollten wir von den beiden Möglichkeiten, die gegeben seien, nur die eine berücksichtigen und die andere unerwogen lassen, und obwohl er deshalb betont, dass es nicht auf das ankomme, was der Thäter beabsichtigt, sondern auf das, was er gethan hat, zieht er dennoch aus seinen Vordersätzen den Schluss, den er noch soeben als irrig verworfen hat. Die „Versuchsstrafe" ist daher auch in seinen Augen eine Verdachtsstrafe. Unsere Berechtigung, der Sinnesänderung Straflosigkeit zuzugestehen, wird damit begründet, dass uns die Berechtigung, das unvollendete Delikt überhaupt zu bestrafen, abgesprochen wird.

Zachariae endlich scheidet in üblicher Weise mit der Glosse[89] die Fälle des Nichtwollens vor denen des Nichtkönnens[90] (quia noluit — quia non potuit). Die dadurch gewonnenen beiden Hauptklassen zerlegt er sodann wieder in Unterabtheilungen,[91] auf deren Aufzählung es hier um so weniger ankommt, als dadurch die Gründe, durch welche er die Straflosigkeit des reuigen Thäters darzuthun trachtet, nicht beeinflusst werden. Obwohl dieselben in der Litte-

---

[89] Luden a. a. O. S. 403.
[90] Zachariae a. a. O. Bd. II S. 232.
[91] a. a. O. S. 234—238.

ratur vielfach Beifall gefunden haben,[92] sind sie doch bei genauerer Prüfung unhaltbar. Denn sie beruhen auf zwei einander widersprechenden Voraussetzungen, von denen die eine die Strafbarkeit des unvollendeten Deliktes bejaht, die andere sie verneint.[93] Jenes ist der Fall, insoweit Zachariae von einer zurückwirkenden Annullation des Willens spricht, indem er damit dem Gedanken Ausdruck giebt, dass das Verbrechen in seiner Totalität hinfällig werde, wenn aus seiner objektiven Seite die subjektive herausgezogen werde. Damit wird aber eine Fiktion aufgestellt: was lebend war, wird für todt geboren ausgegeben. Dieses ist der Fall, insoweit Zachariae darauf hinweist, dass erst mit der Vollendung die Sicherheit gefährdet und das Gesetz übertreten werde, weil bis dahin der Verbrecher nur augenblicklichen sinnlichen Reizen folge und einen schwankenden Willen verrathe. Halten wir wieder hieran fest, so würde es wieder nicht erst des Rücktrittes bedürfen, um den Thäter einer Strafe für überhoben zu erachten, die er noch gar nicht verwirkt hat.

Die auswärtige Litteratur bietet im Wesentlichen ein abweichendes Bild nicht dar. Bald wird mit dem commencement d'exécution das strafbare Gebiet noch nicht für betreten erachtet, nichtsdestoweniger die Reue als die Bedingung hingestellt, unter welcher „das Gesetz seine Augen schliesse und verzeihe;“[94] bald wird wieder mit dem ersten Akt, der dem Thatbestand entspricht, die Voraussetzung der Strafe als erfüllt angesehen, trotzdem aber die schuldvolle Vergangenheit als durch die schuldlose Zukunft geheilt ausgegeben.[95] Bald werden endlich im Vordersatz die subjektiven und objektiven Merkmale der Rechtsverletzung

[92] Geib a. a. O. Bd. II S. 312. Köstlin: N. Revision S. 392. 393. Krug a. a. O. S. 26.

[93] a. a. O. § 255 S. 239—242 enthält die Rechtsgründe für die Straflosigkeit des Rücktritts. cf. auch S. 242—249, wo die Frage von dem Standpunkt der verschiedenen Strafrechtstheorieen erörtert wird.

[94] Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. I Nr. 563. 564.

[95] Rossi a. a. O. Bd. II Chap. 29 S. 151 und Chap. 32 S. 175—177.

als vorhanden zugegeben, im Nachsatz dagegen für noch nicht vorhanden erklärt.[96] Dort wird zur Begründung der Strafbarkeit ein materieller Schade nicht erfordert, hier der Wegfall der Strafbarkeit auf dessen Beseitigung gestützt. Dort wird den Thatsachen die Herrschaft über den Willen, hier dem Willen die Herrschaft über die Thatsachen zugesprochen.

Man hat sich daher allseitig genöthigt gesehen, criminalpolitische Gründe zu Hilfe zu rufen,[97] um der auf unsicherem Fundament ruhenden Lehre eine festere Stütze zu gewähren. In dieser Beziehung kehren zwei Argumente fast überall wieder: einmal wird betont, dass die Aussicht auf Straffreiheit noch im letzten Augenblick auf schwankende Gemüther einen Eindruck zu machen im Stande sei, und sodann wird hervorgehoben, dass der Gesetzgeber, wollte er der Stimme der Reue sein Ohr verschliessen, den Verbrecher zur weiteren Thätigkeit antreiben würde.[98] Wenn ich auch weit entfernt bin, dem einen und dem anderen Moment jede Beweiskraft abzusprechen und wenn ich auch Zachariae zugebe,[99] dass die legislatorische Tendenz, soweit sie sich von dergleichen Zweckmässigkeitsrücksichten leiten lässt, sicherer durch das Privileg der unbedingten Straffreiheit als durch die Verheissung einer milderen Strafe erreicht wird, so scheint mir doch weder das eine noch das

---

[96] Carrara a. a. O. §§ 118. 119.

[97] Motive zum Entw. II des Nordd. Straf-Ges.-B. S. 53. Motive zum Entw. eines Oesterr. Strafges. von 1874 zu §§ 46—49. Relazione zu den Art. 71—74 des Progetto del Codice Penale del regno d'Italia von 1874. Motive zum Entwurf des Niederländischen Straf-G. cf. Mayer in Goltdammers Arch. pro 1879 S. 283.

[98] Zachariae a. a. O. Bd. II § 259 S. 246—249. Rossi a. a. O. Chap. 32 S. 175—179. Seeger in Goltdammers Arch. Bd. XVIII S. 232. Schwarze in Goltdammers Arch. Bd. II S. 434. Geib a. a. O. Bd. II S. 312. Ortolan: Resumé des Eléments de droit pénal S. 120 Nr. 424. Treilhard: in der discussion au Conseil d'Etat cf. Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. III Note 1 zu Art. 2 und 3 S. 15. Carrara a. a. O. §§ 120—122 S. 86—88.

[99] Zachariae a. a. O. Bd. II S. 249.

andere von einer Uebertreibung frei zu sein. Dass man dabei das Kind mit dem Bade ausschüttet, zeigt sich nicht blos darin, dass man die anormalsten Erscheinungen des Lebens als Richtschnur für die Codifikation hingestellt hat,[100] sondern auch weiter darin, dass man die goldene Brücke, die man im allgemeinen Theile aufgebaut hatte, in dem speciellen dadurch abgebrochen hat, dass man bei gewissen Delikten die Vollendung auf den Anfang vorrückte. Man hat sich daher beeilt, mit der einen Hand zurückzunehmen, was die andere gewährt hatte. Ueberall treten uns Beschränkungen entgegen, um die an die Annullation des Willens geknüpfte Straffreiheit auf einen bescheideneren Umfang zu reduciren. Die einen unterschieden zwischen dem Abstehen aus innerer Bewegung und dem Abstehen aus äusserer Veranlassung und stellten jenes der Reue, dieses der Verhinderung durch physischen Zwang gleich.[101] Hatte den Nothzüchter das Bild der Unschuld gerührt, so sprach man von einem freiwilligen Abstehen, hatte ihn das der Hässlichkeit abgeschreckt von einer Verhinderung wider Willen.[102] Noch andere glaubten auch damit das Gebiet noch zu wenig eingeengt zu haben, und sie machten darum zwei Unterabtheilungen, indem sie dem Aufgeben des Entschlusses die Aufschiebung der Ausführung

---

[100] John: Entwurf S. 220 wird m. E. nicht dadurch widerlegt, dass ihm einzelne singuläre Fälle, in denen die Praxis von einem freiwilligen Rücktritt zu berichten weiss — cf. Schwarze: Commentar S. 130 Note †† und Seeger a. a. O. S. 233 — entgegengehalten werden. Daraus, dass bei dem einen oder dem anderen Delikt der criminalpolitische Grund sich wirksam gezeigt hat, folgt nicht, dass er deshalb auch bei allen übrigen Verbrechen unentbehrlich sei. Im Gegentheil wird dadurch constatirt, dass das Leben von dem Rechtsinstitut nur in einem sehr beschränkten Maasse berührt wird.

[101] Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. V S. 590. 591. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 200. Schwarze in Goltdammers Arch. Bd. II S. 435—439. Carrara: §§ 107—114 S. 80—84. Luden a. a. O. S. 518 u. a. m.

[102] Luden a. a. O. S. 519 Note 1. Schwarze a. a. O. S. 435.

gegenüberstellten.[103] Hatte der Dieb die Leiter vom Orte der That entfernt, so galt dies als ein Indiz für die definitive, hatte er sie dort zurückgelassen, als ein Indiz für die interimistische Sinnesänderung.[104] Neue Controversen wurden dadurch für die Praxis geschaffen, neue Schwierigkeiten den Legislationen bereitet. Jener war damit die Aufgabe zugefallen, an subjektive Vorgänge einen oft nicht ausreichenden Maassstab anzulegen,[105] diesen die, unter den verschiedenen Ansichten die geeignete Auswahl zu treffen.[106] Trotz aller Restriktionen, durch welche das Princip der Correktur unterzogen worden ist;[107] es giebt Verbrechen, bei denen die Verheissung der Straffreiheit ein todter Buchstabe geblieben ist. Mir ist wenigstens eine Entscheidung, welche einen Räuber, der Gewalt, einen Erpresser, der eine Drohung angewendet hat, wegen „Versuchs" freigesprochen hätte, nicht bekannt geworden. Im Gegentheil finde ich, dass unser früheres Ober-Tribunal in einem Falle, in welchem der Thäter auf Straffreiheit Anspruch erhob, indem er geltend machte, dass er freiwillig von der Verfolgung des Zweckes, den er durch das Mittel psychischen Zwanges erstrebt hatte, abgestanden sei, die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen hat, ohne sich über den ange-

---

[103] Zachariae in der Lehre des Versuches Bd. II S. 233. 234. Köstlin: System S. 239. Seeger a. a. O. S. 232.

[104] Hierauf läuft es hinaus, wenn Zachariae a. a. O. S. 254 Gewicht darauf legt, „ob der Thäter sich blos auf das Unterlassen der noch erforderlichen Handlungen beschränkt, oder zugleich etwas gethan hat, um der Wirkung der schon vorgenommenen Akte zu begegnen oder sie zu verhindern."

[105] Ueber die in der Praxis nicht durchführbare Unterscheidung zwischen Aufgeben und Aufschieben cf. Schwarze a. a. O. S. 436. 437 und in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 306. 307 und Rossi a. a. O. S. 177. 178.

[106] Ueber die unter einander abweichenden Bestimmungen der deutschen Partikularrechte, cf. Schwarze in Goltdammers Archiv Bd. II S. 435. 436 und oben S. 12, 13 Note 33. 34. 35.

[107] Vereinzelt wurden zu diesem Zweck auch processualische Grundsätze etablirt. cf. Hessen-Darmstadt Art. 69.

rufenen Strafaufhebungsgrund näher auszusprechen.[108] Wer innerhalb der beiden Verbrechen, deren ich Erwähnung gethan habe, den Rücktritt zulassen wollte, würde uns Aufklärung zu geben haben, in welcher Form derselbe sich äussern sollte. Mit der einfachen Abbitte oder mit einer höflichen Entschuldigung, geschweige denn mit der blossen Passivität uns zu begnügen, werden wir wohl nicht gewillt sein; andere Wege aber, seine Sinnesänderung zu bethätigen, stehen hier dem Thäter kaum zu Gebote.

Wir leugnen daher, dass die Unterlassung weiterer Thätigkeit rückwirkende Kraft auszuüben im Stande ist, und dass das Privileg der Straffreiheit so weit auszudehnen ist, als das Gebiet der unvollendeten Verbrechen reicht. In jener Beziehung machen wir nur von dem Grundsatz, der sich bei dem s. g. qualificirten Versuch der allgemeinsten Anerkennung erfreut,[109] Gebrauch. Denn nach unserer An-

---

[108] Erk. des Ob.-Trib. vom 20. Januar 1875 in Oppenhoffs Rechtsprechung Bd. XVI S. 58—60. Den Rechtsgrundsatz, den darin Pezold, Deutsche Strafrechtspraxis S. 338 Nr. 20 und v. Buri im Beilageheft vom Gerichtssaal pro 1878 S. 92 niedergelegt finden: „Im Fall der versuchten Erpressung (Nöthigung) durch Drohung ist zur Anwendung des § 46 Nr. 1 das freiwillige Aufgeben der Nöthigung selbst (nicht blos das Unterlassen der Ausführung der Drohung) erforderlich" habe ich nicht heraus lesen können. Wie sollte es auch der Thäter anstellen, um die Nöthigung selbst aufzugeben? Hat er noch nicht genöthigt, so braucht er nichts aufzugeben, hat er bereits genöthigt, so kann er nichts mehr aufgeben. Der Rechtsgrundsatz in der beregten Form hätte somit keine Bedeutung. — Beim Raube hat Zachariae die Unzuträglichkeiten seiner Lehre herausgefühlt, indem er die Wegnahme der Sache aus dem Thatbestand ausgeschieden wissen will (Goltdammers Arch. Bd. III S. 292. 293). Alsdann müsste er aber von seinem Standpunkt aus ein formell vollendetes, materiell unvollendetes Verbrechen annehmen. Die Strafsanktion wäre an die beendete Gewalt geknüpft, und der Rücktritt bis dahin wieder zulässig. Hiergegen giebt Zachariae ein abermaliges Correktiv, indem er wenigstens das crimen vis als consummirt erachtet (in der Versuchslehre Bd. II S. 259 Note 1).

[109] Die gesammte Litteratur des Inlandes und Auslandes stimmt darin überein, dass der Rücktritt die Strafbarkeit der in dem Geschehenen liegenden selbständigen Rechtsverletzung unberührt lasse.

sicht ist es ein Widerspruch, bei dem vollendeten Verbrechen dem Willen einen Einfluss über die Vergangenheit zu versagen, und ihm einen solchen bei dem unvollendeten Delikt zuzugestehen: die Voraussetzungen, von denen die Strafbarkeit des Geschehenen abhängig gemacht sind, sind in dem einen Falle nicht minder vorhanden als im anderen. Nur der, welcher die Pönalsanktion an die Consummation knüpft, gewinnt dadurch das Recht, den einen abweichend vom anderen zu behandeln, aber er verliert zugleich auch das, eine Lehre zu vertreten, welche dem Verbrecher eine Strafe erlässt, die noch gar nicht verwirkt ist. In dieser Beziehung dagegen wird es Sache der legislatorischen Erwägung sein, die Delikte herauszugreifen, innerhalb deren sie aus Zweckmässigkeitsgründen eine Ausnahme von der Regel zu statuiren für gut befindet. Alsdann mag aber mit vollen Händen gewährt werden, was die Criminalpolitik gebietet. Verhehlen wir uns beim Meineide nicht, dass mit der Auffindung der materiellen Wahrheit uns mehr gedient ist, als mit der Bestrafung desjenigen, der ein falsches Zeugniss ablegt, es aber vor Schluss der Verhandlung widerruft, so werden wir das Hemmniss, das ihn abhalten könnte, noch im letzten Augenblick seine Aussage abzuändern, zu beseitigen haben, gleichviel ob die Regung des Gewissens oder die Ermahnung des Richters, ob die Confrontation mit dem Angeklagten oder irgend ein anderer beliebiger Zwischenfall ihn bewogen hat, seine früheren Erklärungen zu modificiren. Wo die Klugheit uns Schweigen auferlegt, hat die Discussion über den Rechtsstandspunkt in allen ihren Theilen zu verstummen.[110]

---

cf. Geib a. a. O. S. 313. 314. — Ortolan a. a. O. Nr. 424. — Carrara a. a. O. § 222 S. 88. 89 u. s. w.

[110] Wird der Eid assertorisch geleistet, so würde freilich nur Strafermässigung eintreten können, wenn nach geleistetem Schwur ein Widerruf erfolgt (cf. § 158 R.-St.-G.); wird der Eid promissorisch geleistet, so halte ich die im Text entwickelte Ansicht für correkter, als die Fiktion, dass die Vollendung erst mit dem Schluss der Sitzung eintrete (cf. Baden § 493).

§ 21.

Das unvollendete Verbrechen in der Codifikation und in der Praxis.

Nachdem wir damit die Grundsätze, welche bei dem unvollendeten Verbrechen zur Anwendung kommen, in ihren wesentlichsten Zügen entwickelt haben, dürften folgende zwei Fragen ein hervorragendes Interesse für sich in Anspruch nehmen: Wie hat sich die Codifikation mit der Lehre, dass die Strafe an die Vollendung geknüpft sei, abgefunden? und wie hat sich die Praxis durch die Vermengung der beiden Arten der unvollständigen Delikte hindurch gewunden?

Was zunächst die Gesetzgebung anlangt, so war sie von der Richtigkeit des Satzes, dem wir im vorhergehenden Paragraphen entgegengetreten sind, derart durchdrungen, dass sie ihn entweder durch eine ausdrückliche Vorschrift einschärfte,[1] oder ihn als ganz selbstverständlich mit Stillschweigen überging.[2] Sie sah sich deshalb genöthigt, auch hierin der Theorie folgend, die ungeschützte Strecke durch den Versuchsbegriff zu decken. Insoweit sie dabei zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen schied, hat sie einen Zustand geschaffen, der mit ihrer Tendenz im direkten Widerspruch steht.

Dies zeigt sich am deutlichsten, wenn wir den Verbrechen, welche ausnahmslos dem Versuchsbegriff unterworfen sind, die Uebertretungen, welche ihm ausnahmslos entzogen sind, gegenüberstellen. Der Gesetzgeber wollte dort Strenge, hier Milde walten lassen, aber die entgegengesetzte Wirkung hat er erzeugt. Der Umstand nämlich, dass die Glosse von den Grundsätzen, welche sie für den conatus delinquendi aufstellte, die delicta leviora eximirt[3]

---

[1] S. oben S. 24 Note 24.

[2] Schwarze: Commentar S. 111.

[3] Seeger: Die Ausbildung der Lehre vom Versuch S. 12. Lu-

und wie in allen Stücken so auch in diesem Punkte eine jeden Wechsel der Zeiten überdauernde Anerkennung gefunden hat, hat die beachtenswerthe Folge hervorgerufen, dass wir auf dem kleinen Gebiete, das sie seiner naturgemässen Entwickelung überlassen hat, bereits längst und überall eine Lehre zur Anwendung bringen, die wir im Uebrigen als unrichtig verwerfen. Innerhalb der Uebertretung erfreut sich der Satz: „Ist eine Handlung verboten, so ist sie in allen ihren Akten verboten. Der Unterschied zwischen Beginnen und Vollenden ist dabei rechtlich bedeutungslos“ eines so grossen Beifalls, dass er hier ganz ebenso als selbstverständlich erachtet wird, wie der entgegengesetzte innerhalb der Verbrechen. Wer unbefugt über bestellte Aecker geht (§ 368 No. 9), wer in Städten mit Schlitten ohne Geläute fährt (§ 366 No. 4), wer auf öffentlichen Plätzen Gegenstände, welche den Verkehr hindern, aufstellt (§ 366 No. 9), wer den polizeilichen Verordnungen zuwider bauliche Veränderungen vornimmt (§ 367 No. 14), wer ohne polizeiliche Erlaubniss einen Leichnam bei Seite schafft (§ 367 No. 1 R.-St.-G.) wird, auch wenn er nur mit einem einzigen Schritt das Deliktsgebiet betreten hat, angeklagt und mit der ordentlichen Strafe belegt, ohne dass von irgend einer Seite die Distinktionen gemacht werden, auf deren Erörterung die Strafkammern und Schwurgerichte kraft positiver Bestimmung hingewiesen sind. Die Uebertretungen, die sich der gesetzlichen Begünstigung erfreuen sollten, sind dadurch einem privilegium odiosum verfallen. Mit den Verbrechen theilen sie die Strafbarkeit des ersten Aktes, während ihnen weder das Benefiz der Strafmilderung noch das des freiwilligen Rücktritts zu Gute kommt. Aber die Sache hat noch eine weit schlimmere Seite; die Bestrafung der Uebertretungen ist uns nur dadurch möglich, dass wir uns über die im Gesetz gegebene Verheissung „nullum crimen sine lege poenali“ hinwegsetzen. Ist die

---

den a. a. O. S. 402. Zachariae a. a. O. Bd. I S. 96. 158. Geib a. a. O. Bd. II S. 296.

Strafe an die Consummation gebunden und die davor liegende Strecke bei den Uebertretungen dadurch freigegeben, dass sie dem Versuchsbegriff nicht unterstellt sind, so enthält jede Verurtheilung der unvollendeten Contravention einen Verstoss gegen § 2 unseres Gesetzbuches.

Selbstredend drängen sich uns die nämlichen Wahrnehmungen auch innerhalb der Vergehen auf, welche das gesetzliche Wohlwollen den Uebertretungen gleich gestellt hat. Auch bei ihnen haben wir nur die Wahl, entweder der positiven Anordnung zuwider den ersten Akt mit der vollen Strenge zu bestrafen und den Rücktritt für ausgeschlossen zu erklären oder im letzten Moment einzuschreiten und die davor liegende Rechtsverletzung zu ignoriren. Um hier desto sicherer zu gehen, wollen wir zwei Delikte, in denen der gleiche Ausdruck widerkehrt, gegenüberstellen. Im § 150 unseres St.-G.-B. ist der Versuch ausdrücklich für strafbar, im § 14 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 stillschweigend für straflos erklärt. Dort wie hier wird das Delikt dadurch consummirt, dass bestimmte Gegenstände in den Verkehr gebracht werden, dort in ihrem Gehalt verringerte Münzen, hier widerrechtlich signirte Waaren. Versteht man dort unter „in Verkehr bringen“ den Akt, durch welchen die verringerte Münze aus der Hand gegeben wird,[4] so würden wir hier darunter den zu verstehen haben, durch welchen die Waare aus dem Besitz des Producenten in den des Consumenten gelangen soll. Kommen wir der Vorschrift des § 93 alin. 2 nach, so wären wir nicht in der Lage denjenigen anzuklagen, welcher seine Waaren mit fremder Marke bezeichnet und sie an seinen überseeischen Bevollmächtigten zum Verkauf aussendet, den Markt aber dadurch nicht erreicht, dass das Schiff unterwegs untergeht.[5] Nicht die Bewegung auf der Deliktsstrecke, sondern die glückliche Ankunft wäre danach strafbar.

[4] Schwarze a. a. O. S. 412. Oppenhoff a. a. O. Note 10 zu § 146.

[5] Ich exemplificire hier mit einem praktischen Fall, der sich bei der lebhaften Verbindung einzelner inländischer Industriezweige mit anderen Erdtheilen jeden Tag wiederholen kann.

Wollten wir dagegen mit der Aussendung der Waaren den Thatbestand für erfüllt ansehen, so würden wir wieder, wenn der Fabrikant seine Ordre redressirt, ihn mit der vollen Strafe belegen müssen, während wir beim Münzbetrug demjenigen, der seinen zur Post gesandten Boten zurückruft, nach § 46 No. 1 Straffreiheit, und wenn das Geld auf dem Wege dorthin verloren geht, nach § 44 alin. 1 Strafmilderung zuzubilligen hätten. So sind wir in einer gleich übelen Position, wir mögen den Gedanken, den der § 43 ausdrückt, consequent durchführen oder uns mit dem Gesetz in Widerspruch setzen.

Aber auch innerhalb der Verbrechen und der dem Versuchsbegriff unterstellten Vergehen gelangen wir nicht zu günstigeren Resultaten. Selbst wenn bei ihnen der Satz, dass die Strafe an die Consummation gebunden sei, sich ausnahmslos hätte anwenden lassen, wäre nur de facto die Strecke zwischen dem Anfangs- und dem Endpunkt des Deliktes geschützt gewesen, de jure bleibt das in der Mitte liegende Gebiet von der Pönalsanktion unbetroffen. Denn da man unter Consummation den letzten, unter Versuch den ersten Akt der verbrecherischen Thätigkeit verstand, so bildeten die Mittelglieder ein rechtlich nicht weiter qualificirbares Vacuum. Während von unserem Standpunkt aus ein Akt dem andern in seiner Beschaffenheit und damit in seiner rechtlichen Bedeutsamkeit gleicht, indem jeder von ihnen den Thatbestand erfüllt, so dass die weitere Bewegung auf der verbrecherischen Bahn nur die Wirkung äussert, dass der Umfang der Rechtsverletzung an Ausdehnung zunimmt, bis endlich deren Begriff sich erschöpft,[6] geräth die vom Gesetzgeber adoptirte Lehre in den Widerspruch, dass sie die Schuld continuirlich wachsen lässt, ohne in der Lage zu sein, die Strafbarkeit damit in Proportion zu bringen.

Der consequenten Durchführung des an die Spitze ge-

[6] Darin liegt zugleich der Grund, weshalb die einzelnen Akte nicht als Conkurrenzfälle behandelt werden dürfen; die Summe aller Akte geht eben nicht über den Deliktsbergiff hinaus.

stellten Satzes steht aber der, welcher dem Rücktritt Straffreiheit zusichert, entgegen. Wird nämlich auf dem vor der Vollendung liegenden Stadium dem Verbrecher ein Ausweg eröffnet, durch den er sich der bereits verwirkten Strafe wieder zu entziehen vermag, so muss der specielle Theil dafür sorgen, dass nicht die im allgemeinen Theil geübte Nachsicht über Maass und Ziel hinausgehe. Insbesondere hätte man bei den Fleischesverbrechen Wunderdinge erlebt, hätte man nicht „die Versuchsstrecke" und damit die des Rücktritts abgekürzt. Bei einzelnen Delikten hatte daher der Gesetzgeber nur die Wahl, entweder die Vollendung auf den Anfang zu verlegen oder dem Satz, dass die Pönalsanktion an die Vollendung geknüpft sei, seine Anerkennung zu versagen. Indem er sich für die erstere Alternative entschied, ist er in die üble Situation hineingerathen, dass er die weiteren Akte für rechtlich irrelevant erklärt, während er sie als rechtlich bedeutungsvoll behandelt. Wäre die Consummation bei den Fleischesverbrechen mit der Vereinigung der Geschlechtstheile eingetreten, so würde der Deliquent, wenn er in seiner verbrecherischen Thätigkeit verharrt, bereits das strafbare Gebiet verlassen haben, während wir wohl nicht zweifeln werden, dass der Gesetzgeber seiner Intention nach die entgegengesetzte Auffassung billigt. Zugleich überzeugen wir uns auch von zwei Gesichtspunkten aus, dass Zachariae den Quellen Zwang anthut, wenn er in ihnen bezüglich der delicta carnis die Grundsätze ausgedrückt findet, die heute die communis opinio lehrt.[7] Indem er nämlich zugesteht, dass das römische Recht den Rücktritt als Strafaufhebungsgrund, von singulären Bestimmungen abgesehen, nicht gekannt hat,[8] und dennoch ihm den Sinn unterlegt, als wäre es uns mit dem Beispiel, die Vollendung zu antedatiren, vorangegangen, übersieht er, dass er in dem einen Satz den Grund, der uns heut zwingt, Ausnahmen zu machen, als dem Alterthum noch

---

[7] S. oben S. 589.

[8] Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. II S. 270—282.

fremd bezeichnet, in dem anderen aber als ihm bereits bekannt voraussetzt. War weiter die Befugniss des Vaters, die beim adulterium überraschte Tochter zu tödten, davon abhängig, dass er dies vor der Consummation des Deliktes that,[9] so wäre er der lex Cornelia verfallen gewesen, wenn er einschritt, nachdem bereits die Vereinigung der Geschlechtstheile stattgefunden hatte. Die Quellen belehren uns eines Anderen,[10] und sie stehen uns somit in unserer Abwehr gegen die Ausflüsse der italienischen Doktrin zur Seite.

Was die Praxis anlangt, so macht sich die Erscheinung bemerklich, dass innerhalb der einfachen Delikte unbegründete Verurtheilungen, innerhalb der zusammengesetzten Verbrechen unbegründete Freisprechungen ergangen sind — eine Erscheinung, die an Auffälligkeit verliert, wenn wir erwägen, dass in jener Kategorie der Delikte der s. g. untaugliche Versuch nach dem bestehenden Recht einer Strafsanktion nicht unterworfen ist,[11] und insoweit eine Zurückweisung der Anklage geboten erscheint, während in dieser Kategorie von Delikten der Versuchsbegriff ausgeschlossen und damit zugleich auch jede Untersuchung nach der Beschaffenheit der Mittel abgeschnitten ist. Indem nämlich bei den zusammengesetzten Verbrechen das Gesetz die Handlungen, welche den Thatbestand ausmachen, vollständig beschreibt, legt es dem Richter die Verpflichtung auf, sich der Prüfung zu unterziehen, ob die ihm zur Beurtheilung vorliegende That sich mit den speciell vorhergesehenen Begriffsmerkmalen deckt; je nach deren Ausfall hat er absolutorisch oder condemnatorisch zu erkennen. Damit hört seine Subsumtionsthätigkeit auf. Jeder weitere Schritt ist ein Eingriff in die legislatorischen Befugnisse. Wie der Gesetzgeber, welcher eine vollständige Definition des Versuches

---

[9] Rein: Criminalrecht der Römer S. 836—838. Cropp a. a. O. Sect. II S. 128.

[10] L. 23 pr. D. 48. 5 (ad leg. Jul. de adult. coërcendis).

[11] S. oben S. 416—418. S. 440—444.

aufstellt, zu Unrecht glaubt, die Entscheidung der qu. Controverse der Wissenschaft überlassen zu haben,[12] ganz ebenso nimmt er bei den unvollendeten Delikten zu Unrecht an, da geschwiegen zu haben, wo er gesprochen hat. Nur der allgemeinen Verwirrung, welche die italienische Doktrin auf allen Theilen des Gebietes, das von ihr occupirt worden ist, im Laufe der Jahrhunderte angerichtet hat, ist es zuzuschreiben, dass der Richter sich für berechtigt halten konnte, ein freisprechendes Verdikt zu fällen, während die That allen Voraussetzung enentspricht, von denen der Gesetzgeber ihre Strafbarkeit abhängig gemacht hat. Dergleichen Sentenzen nenne ich unbegründet, es mag der Tenor der Entscheidung von einem anderen Gesichtspunkt aus materiell gerechtfertigt oder ungerechtfertigt sein.

Ich will zunächst mit einem Fall aus meiner eigenen Erfahrung exemplificiren; er dürfte in mehrfacher Beziehung einiges Interesse erregen. In einer Provinzialstadt hatte sich ein Mauerpolier, nachdem die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 in Kraft getreten war, zu einem Bauunternehmer umgewandelt. In der Periode der Gründungen war er schnell emporgediehen, aber auch er entging dem Schicksal nicht, von der rückläufigen Bewegung ergriffen zu werden. Bevor noch irgend ein Anspruch gegen ihn fällig geworden war, schaffte er sein Vermögen bei Seite. In Folge dessen fielen späterhin die gegen ihn vollstreckten Exekutionen fruchtlos aus. Vergeblich sah sich die Staatsanwaltschaft nach einem strafbaren Thatbestand um. Der § 281 Str.-G.-B. erschien unanwendbar, weil dem Cridar die Qualität als Kaufmann abging,[13] der § 288 Str.-G.-B. ausgeschlossen, weil das Requisit der drohenden Zwangsvollstreckung fehlte.[14]

---

[12] S. oben S. 38.

[13] Art. 275 H.-G.-B. „Die gewerbsmässige Bauentreprise als solche gehört nicht zu den objektiven Handelsgeschäften.“ Erk. des Reichs-Ob.-H.-G. vom 11. November 1873. Entsch. Bd. XI Nr. 104 S. 329.

[14] Ueber die bestehende Praxis noch hinauszugehen und eine drohende Zwangsvollstreckung auch schon dann anzunehmen, wenn

Um die betrüglichen Rechtsgeschäfte erfolgreicher anfechten zu können, hatte inzwischen ein Gläubiger die Eröffnung des gemeinen Konkurses beantragt. Nachdem er dies gethan, wendete er sich an einen Anwalt mit der Bitte um seinen Rechtsbeistand. Dieser liess den Bauunternehmer zu sich rufen, eröffnete ihm, dass er die Verhängung des Sicherheitsarrestes gegen ihn beantragen würde, wenn er nicht seinem Mandanten Befriedigung verschaffte. Der Bauunternehmer erklärte darauf, dass er nur noch über einen Grundschuldbrief verfüge, wenngleich er nicht augenblicklich in dessen Besitz sei, und er erbot sich, seine eben gedachte dingliche Forderung an Zahlungsstatt an seinen Gläubiger abzutreten. Das Anerbieten wurde acceptirt, und die Cession erfolgte. Späterhin stellte sich freilich heraus, dass die Angaben des Bauunternehmers auf Unwahrheit beruhten; den Grundschuldbrief hatte er schon längst vorher versilbert. Dies hielt ihn jedoch nicht ab, eine Denunciation gegen den Anwalt einzureichen, der darauf wegen versuchter Erpressung angeklagt wurde. Mittlerer Weile war der Antrag auf Conkurseröffnung Seitens des Gerichts zurückgewiesen worden.

In der Audienz erklärte der Denunciant, dass die Drohung mit Sicherarrest auf ihn keinen Eindruck gemacht, dass er vielmehr die Cession vorwiegend des Scherzes wegen ausgestellt habe. Der Gerichtshof sprach darauf hin frei, indem er die Anwendung eines untauglichen Mittels annahm. Obwohl die Freisprechung aus anderweitigen, hier nicht weiter interessirenden thatsächlichen Gründen durchaus gerechtfertigt war, so erscheint sie mir doch rechtlich unmotivirt. Ich lasse es dahin gestellt sein, ob die Anklage correkter wegen des vollendeten Vergehens erhoben worden wäre, ich lasse es weiter dahin gestellt, in wieweit unter den obwaltenden Umständen das Requisit der Rechtswidrigkeit dargethan erscheint, ich lasse es endlich dahin gestellt,

---

noch kein processualischer Schritt geschehen ist, ist jedenfalls nicht unbedenklich.

ob die Annahme eines absolut oder relativ untauglichen Mittels der Sachlage mehr entsprochen hätte; ich habe es hier nur mit der Frage zu thun, ob der § 253 zur Untersuchung in Betreff der Qualifikation der Mittel Veranlassung giebt. Wenn ich sie verneine, so gehe ich von dem Grundsatz aus: Lege non distinguente neque nostrum est distinguere. Ist von der Drohung Gebrauch gemacht, so ist geschehen, was die Norm verbietet. Eine Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Drohungen stellt das Gesetz nicht auf.[15] Wir setzen uns über einen Fundamentalsatz der Interpretation hinweg, wenn wir freisprechen, obwohl die Handlung alle Merkmale erfüllt, welche der Thatbestand erfordert. Selbst wenn man einwenden wollte, dass die Motive uns an die Wissenschaft verweisen, um uns über die Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln Raths zu erholen, wäre doch nicht die Replik zu elidiren, dass die Doktrin nicht im Stande ist, uns von dem Gehorsam gegen das Gesetz zu entbinden. Nur da, wo die Strafvorschrift sich jeder Andeutung über die Beschaffenheit der Mittel enthält, sind wir ermächtigt, in unseren Entscheidungen auf die Wissenschaft zu recurriren, wo sie uns dagegen die Begriffsmerkmale expressis verbis angiebt, haben wir uns ohne Weiteres zu fügen. Was uns beim Morde erlaubt ist, ist uns damit bei der Erpressung verboten. Vergeblich habe ich mich in der Litteratur des In- und Auslandes nach einem Grunde umgethan, weshalb wir bei den unvollendeten Verbrechen gegen den Sinn des Gesetzes verstossen sollten, wenn wir seinem Wortlaut folgen. Der Nachweis, dass der Ausdruck der legislatorischen In-

---

[15] Katz: Beitrag zur Lehre von der Erpressung im Gerichtssaal pro 1880 S. 430 ist sogar der Ansicht, dass die Streitfrage, ob die Erpressung einen Widerspruch zwischen der Intention des Handelnden und seiner That voraussetze, nur dann im bejahenden Sinne entschieden werden könnte, wenn man ihn als „untaugliches Objekt“ behandele. Von der Specialcontroverse abgesehen, hätten wir danach nicht blos zwischen tauglichen und untauglichen Drohungen, sondern auch zwischen tauglichen und untauglichen Personen zu unterscheiden.

tention nicht entspricht, ist nirgends angetreten, geschweige denn erbracht.

Im Gegentheil weisen die Präjudikate, welche bei dem schweren Diebstahl ergangen sind, auf den Abweg hin, auf den wir gerathen, wenn wir Unterscheidungen in das Gesetzbuch hineintragen, das ihrer mit keiner Silbe erwähnt. Das preussische Ober-Tribunal hat nämlich judicando den Grundsatz sanktionirt:

> *Geht der falsche Schlüssel ins Schlüsselloch nicht hinein, so ist die That wegen absoluter Untauglichkeit des Mittels straflos; geht er aber hinein und bleibt er darin unbeweglich stecken, so ist die That wegen der relativen Untauglichkeit des Mittels strafbar.*[16]

Wir wollen nicht untersuchen, inwiefern der Umstand, dass ein Mittel, je nachdem es bei der Anwendung in einem früheren oder späteren Moment versagt, auf dessen Beschaffenheit zu influiren im Stande sein sollte, wir wollen weiter nicht eruiren, in wiefern man hier von „einem im gegebenen Falle geltenden Naturgesetz" zu sprechen befugt ist, wir wollen endlich davon abstrahiren, weshalb bald „der strafbare Wille als äusserlich erkennbar", bald wieder als nicht erkennbar angenommen wird. Wir beschränken uns vielmehr darauf, die Frage aufzuwerfen: Theilt unser Gesetz die falschen Schlüssel in Unterabtheilungen ein? Legt es dem Richter die Verpflichtung auf, den Schlüsselbart mit der Oeffnung des Schlosses zu vergleichen, um seine Entscheidung zu fällen? Erklärt es nur den Dieb für gefährlich, der vorher Maass genommen hat, und nicht auch den, der auf gut Glück die paraten Instrumente zur Anwendung bringt?[17] So hat die Controverse über den untauglichen Versuch dahin geführt, dass die Praxis glaubte, den Gesetzgeber zu verstehen, wenn sie seinen Anordnungen zuwider freisprach, und dass

---

[16] Erk. des Ob.-Trib. vom 27. Januar 1871 in Goltdammers Arch. Bd. XIX S. 191. 192 cf. auch Oppenhoff a. a. O. Note 11 zu § 43.

[17] Die „zu kurze Leiter", die bekanntlich in der Versuchslehre ihre Rolle spielt, hat somit für mich ebenfalls kein Interesse. Ist die Willensintention unzweifelhaft, so ist mit dem Akt des Steigens die Anwendung der milderen Strafe geboten.

der Gesetzgeber seine Vorschriften als von der Praxis befolgt erachtete, während er den Bruch mit ihnen hätte constatiren müssen.

Bisweilen tritt freilich die Unzulässigkeit, das unvollendete Verbrechen nach Principien, welchen das versuchte Verbrechen unterliegt, zu beurtheilen, minder deutlich zu Tage; allein dadurch, dass der Fehler versteckter liegt, ist er selbstredend nur schwerer erkennbar, nicht aber beseitigt. Wie ich aus den Erkenntnissgründen eines Urtheils des obersten baierischen Gerichtshofes vom 8. Januar 1873 entnehme,[18] ist eine Angeklagte wegen versuchten Betruges freigesprochen worden, die in der Hoffnung, sich von ihrer Schuldverbindlichkeit zu befreien, an ihren Gläubiger einen Brief mit unwahrer Werthdeklaration abgesandt hatte, so dass sie von der Post einen Schein hierüber empfing, während das Schreiben die entsprechende Geldsumme nicht enthielt. Die Entscheidung stützte sich darauf, dass ein Versuch mit untauglichen Mitteln vorliege. Sie scheint mir zwar in ihrem Tenor zutreffend, in ihrer Begründung aber unrichtig zu sein. Auch hier unterscheidet das Gesetz nicht zwischen einer tauglichen und untauglichen Irrthumserregung. Dagegen erachtet es nicht jede Entstellung der Wahrheit für genügend, den Thatbestand zu erfüllen, sondern nur eine solche, welche die Fähigkeit besitzt, auf die Entschliessung eines Anderen einzuwirken.[19] Im vorliegenden Falle hatte die Angeklagte, wenn sie in dem Briefe erklärte, dass ihm der schuldige Betrag beigefügt sei, allerdings ihren Gläubiger getäuscht, nicht aber hatte sie ihn in einer Weise getäuscht, welche geeignet ist, auf unser Thun und Lassen einen Einfluss auszuüben.[20] Wir werden

---

[18] v. Holtendorff's Allgem. Strafrechtszeitung pro 1873 S. 280.

[19] Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 755. 756. Hälschner a. a. O. Bd. II S. 360. Schwarze: Commentar S. 657. Oppenhoff a. a. O. Note 58 und 63 zu § 263. cf. auch das Erk. des Ob.-Trib. vom 12. Februar 1879 in Oppenhoff's Rechtssp. Bd. XX S. 78—81.

[20] Hiermit scheint mir die Frage im Zusammenhang zu stehen,

daher die Freisprechung lediglich damit zu motiviren haben, dass ein Merkmal im Thatbestand fehlt. Ganz ebenso wenig wie wir beim Meineid das Nichtschuldig darauf stützen würden, dass zwar ein falscher Schwur geleistet, aber als von der inkompetenten Behörde erfordert, als untauglicher Schwur einer Bestrafung nicht unterworfen ist, ganz ebenso ist es nach unserem Dafürhalten inkorrekt, zunächst eine Täuschung festzustellen und sie hinterdrein wegen ihrer Untauglichkeit für straffrei zu erklären.[21]

Den Freisprechungen, welche insoweit contra legem ergangen sind, stehen die Verurtheilungen gegenüber, welche gegen das stärkste Palladium unserer Rechtssicherheit,[22] gegen den Satz „nullum crimen sine lege poenali" verstossen haben. Waren nämlich auch die Worte „Anfang der Ausführung" durchaus ungeeignet, rücksichtlich des verbrecherischen Versuches die gesetzgeberische Idee zum Ausdruck zu bringen, so waren sie doch rücksichtlich der unvollendeten Delikte nicht ohne alle Bedeutung. Die Gründe, weshalb sie dort ihren Dienst versagen mussten, standen hier ihrer Handhabung nicht entgegen. Bei den Verbrechen, innerhalb deren die Vollendung ihren Gegensatz im Anfang findet, war es mit der objektiven Theorie und der ihre Lehre wiedergebenden Legalbestimmung unvereinbar, die Strafbarkeit vor den Beginn einer Rechtsverletzung vorzurücken. Mochte auch immer der Gesetzgeber hierbei verkannt haben, dass er der Wissenschaft eine von ihm bereits

---

inwieweit unwahre Parteiverträge geeignet sind, den Thatbestand des Betruges zu erfüllen. cf. hierüber: Merkel: kriminalistische Abhandlungen II S. 186 fg. — Voitus in Goltdammers Arch. Bd. I S. 488—493. — Goltdammers Arch. Bd. III S. 605 fg. — Schwarze im Gerichtssaal pro 1866 S. 105 fg.

[21] Zu gleichen Erwägungen giebt auch das Erkenntniss des späterhin mit dem Ob.-Trib. vereinigten Ober-Appellationsgerichts vom 12. Mai 1869 in Goltdammers Arch. Bd. XVII S. 525. 526 Veranlassung.

[22] Motive zu Art. 4 des C. P. — Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. III S. 23 Note 5. Motive zum Entwurf eines Criminalgesetzes für Braunschweig S. 7. 8.

gelöste Aufgabe aufbürde, wenn er von ihr begehrte, dass sie die Grenze zwischen dem straflosen und dem strafbaren Gebiet ziehen sollte, die er selbst errichtet hatte; mochte es ihm auch entgangen sein, dass er eine überflüssige Anordnung treffe, wenn er den Vorbereitungshandlungen, welche die Merkmale der von ihm construirten Verbrechensbegriffe nicht erfüllten, ausdrücklich oder stillschweigend noch besonders Straffreiheit zusichere; mochte er endlich auch übersehen haben, dass er bei den einfachen Delikten die vor der Vollendung liegenden Akte nicht der milderen Strafe unterwerfe, sondern sie von der ordentlichen Strafe eximire: die Thatsache, dass er die Pönalsanktion an die Voraussetzung geknüpft hat, dass ein aliquoter Bestandtheil der von ihm vorhergesehenen Verbrechen zur Entstehung gebracht werde, bleibt davon unberührt. Der Umstand, dass bei der einen Kategorie von Verbrechen sich die Praxis ausser Stande sah, der legislatorischen Intention gerecht zu werden, berechtigte sie daher noch nicht, mit ihr darüber hinaus zu brechen. Innerhalb der unvollendeten Delikte war deshalb jede Verurtheilung einer That, die noch mit keinem Schritt die im speciellen Theile formulirten Normen übertreten hatte, eine Verurtheilung ohne gesetzliche Unterlage.

Dies hat meines Erachtens das Ober-Tribunal nicht ausreichend erwogen, wenn es die Nichtigkeitsbeschwerde eines Angeklagten, der sich zur Leistung eines Eides nur bereit erklärt hatte, nichts destoweniger aber vom Schwurgericht wegen versuchten Meineides verurtheilt worden war, mit der Bemerkung zurückgewiesen hat, dass die thatsächliche Feststellung der Jury sich seiner Nachprüfung entziehe.[23] Allein nicht darum handelte es sich, ob der Beweisaufnahme entsprechend die Sachlage gewürdigt, sondern darum, ob eine Rechtsverletzung durch falsche Auslegung des Gesetzes begangen worden war.[24] Nach meiner Meinung

---

[23] Erk. des Ob.-Trib. vom 6. Oktober 1853 in Goltdammers Arch. Bd. 1 S. 702. 703.

[24] In anderen Entscheidungen hat das Ob.-Trib. die Nichtigkeits-

war die Frage im bejahenden Sinne zu entscheiden und in Gemässheit der Art. 115. 116. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 das angefochtene Urtheil zu vernichten und in der Sache selbst auf Freisprechung zu erkennen.[25]

Mit der legislatorischen Tendenz, welche der subjektiven Theorie insoweit entgegengetreten war, als sie der Strecke zwischen der Objektivirung des Entschlusses und dem Beginne der Rechtsverletzung Straffreiheit verheissen hatte, stehen weiter die Entscheidungen nicht im Einklang, welche die Bestellung des Aufgebotes als einen „strafbaren Versuch" der Bigamie behandelt haben.[26] Ihre Widerlegung erübrigt sich von dem von uns entwickelten Standpunkt aus um so mehr, als späterhin die Judikatur gewechselt und anerkannt hat, dass das Aufgebot keinen Bestandtheil der Eheschliessung bilde und demgemäss keinen Anfang der Ausführung enthalte.[27] Wird aber das Gesetz in diesem Sinne interpretirt, so verbietet es sich, bei einem anderen Verbrechen wieder zu einer abweichenden Auslegung seine Zuflucht zu nehmen. Ich kann daher den Erkenntnissen nicht zustimmen, welche einen „strafbaren Versuch" der Vornahme von unzüchtigen Handlungen an Kindern unter vierzehn Jahren statuirten.[28] Wenn ich auch

---

beschwerde in diesem Umfang für gesetzlich begründet erachtet cf. Erk. vom 14. Januar 1858 im Just.-Min. Bl. pro 1858 S. 101.

[25] Auf dem Standpunkt des Ob.-Trib. stehen heut, so weit ich sehe, nur noch Oppenhoff Note 27 zu § 153 und Rüdorff a. a. O. Note 5 S. 326. 327.

[26] Erk. des Ob.-Trib. vom 7. Mai 1852 in Goltdammers Arch. Bd. VIII S. 696. Erk. des Ob.-Trib. vom 20. Februar 1867 in Goltdammers Arch. Bd. XV S. 263.

[27] Beschl. des Ob.-Trib. vom 6. October 1876 in Oppenhoff's R.-Sp. Bd. XVI S. 644. 645. cf. auch Erk. des Sächs. Appell.-G. vom 30. Juli 1875 in Goltdammers Arch. pro 1877, worin m. E. ganz zutreffend auf die dem Meineide analoge Sachlage hingewiesen ist.

[28] Erk. des Ob.-Trib. vom 14. December 1865 in Goltdammers Arch. pro 1866 S. 138. 139. Erk. des Ob.-Trib. vom 9. September 1870 in Oppenhoffs Rechts-Sp. Bd. XI S. 445. Bei der Verleitung zur Duldung unzüchtiger Handlung liegt die Sache anders; ich würde ein zu-

zugebe, dass die Maassnahmen, welche der Verübung der Unzucht unmittelbar vorangehen, vielfach nach unserem Rechtsgefühl Strafe verdienen, so ist es doch heut zu Tage nicht Sache des Criminalrichters, das Gesetz prätorisch zu ergänzen.

Bei der Urkundenfälschung nach § 267 R.-Str.-G. sind die Ansichten der Gerichtshöfe getheilt: die einen sehen in der Anfertigung des Schriftstückes einen Anfang der Ausführung des Verbrechens, die anderen eine straflose Vorbereitungshandlung.[29] Nach meiner Ueberzeugung entbehren die in dem zuerst gedachten Sinn ergangenen Präjudicien der gesetzlichen Basis. Das Delikt setzt sich aus zwei Akten zusammen, die zu einander in einem zeitlichen Verhältniss stehen; es gehört mithin der Kategorie der einfachen Verbrechensbegriffe an. Bei ihnen ist aber die Anwendung der ordentlichen wie die der ausserordentlichen Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn die That dem beschreibenden Bestandtheil der Strafvorschrift vollständig entspricht. Untersagt daher die Norm zwei Schritte, so ist mit dem einen ohne den anderen dem Gesetz noch nicht entgegengehandelt. Wird bei der Meuterei die hier vertretene Ansicht getheilt,[30] so ist es unerfindlich, weshalb sie bei der Urkundenfälschung verlassen wird.

Am schlimmsten ist aber in der Rechtsprechung der Dieb weggekommen. Gegen ihn hat sich die Praxis dahin consolidirt, dass sie das unbefugte Betreten einer fremden Wohnung, den erforderlichen dolus vorausgesetzt, als strafbar erachtete.[31] Eine Lücke im Gesetz ist dadurch in odium furum durch die Judikatur ausgefüllt worden. Nur unter bestimmten Modalitäten bildet nämlich das Einschlei-

---

sammengesetztes Verbrechen annehmen und deshalb den Akt der Verleitung als mit der ausserordentlichen Strafe belegt ansehen.

[29] Pezold: Deutsche Strafrechtspraxis S. 414 Nr. 44.

[30] Erk. des Ob.-Trib. vom 9. September 1853 in Goltdammers Arch. Bd. I S. 701 cf. auch Erk des Ob.-Trib. vom 9. April 1863 in Oppenhoffs Recht-Sp. Bd. III S. 382.

[31] Pezold a. a. O. S. 20.

chen ein zusammengesetztes Verbrechen (§ 243 Nr. 7), im Uebrigen ist es von einer Pönalsanktion nicht getroffen. Wer das unbefugte Eindringen in eine fremde Wohnung für einen Versuch des Diebstahls ausgiebt, statuirt willkürlich eine Ausnahme von der Regel, die er sonst zur Anwendung bringt.[32] Wer auf die Heimlichkeit Gewicht legt, würde uns die Aufklärung schuldig bleiben, weshalb er beim Diebstahl eine besondere Qualifikation des Anfangs statuirt, die er im Uebrigen verwirft. Wer endlich seine Ansicht auf eine praesumtio doli gründet und hieraus sein Recht entnimmt, die Versuchsstrafe des einfachen Diebstahls zu verhängen, geriethe gegenüber der Vorschrift des § 243 Nr. 7 R.-St.-G. in Verlegenheit, welche das Einschleichen mit der Versuchsstrafe des schweren Diebstahls belegt hat. Der Gesetzgeber wird daher wohl nicht umhin können, durch ein Specialdelikt den Bedürfnissen der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, welchen heut die Praxis praeter legem gerecht wird.

Ein weiteres Material vorzuführen halten wir für überflüssig. Die erbrachten Beläge dürften ausreichen, darzuthun, dass die Worte „Anfang der Ausführung" dem schlimmsten Schicksal verfallen sind, welchem eine Legalvorschrift ausgesetzt ist. Innerhalb der einen Kategorie von Delikten waren sie unverwendbar, innerhalb der anderen Kategorie wurden sie vielfach nicht verwendet: so entbehrten sie der inneren Lebenskraft auf dem einen wie anderen Gebiete.

[32] Ginge man consequent vor, so müsste man mit dem gleichen Rechte je nach der Verschiedenheit des dolus das Betreten einer fremden Wohnung als Versuch einer Injurie, einer Nothzucht, eines Ehebruches, eines Betruges etc. ahnden.

Fünftes Kapitel.

Die accessorischen Verbrechensformen und das unvollständige Delikt.

Nachdem wir uns bisher mit dem versuchten und unvollendeten Verbrechen beschäftigt haben, insoweit die Thäterschaft in Frage kommt, gehen wir nunmehr zu der Untersuchung über, ob und inwiefern wir dem einen oder dem anderen Begriff innerhalb des s. g. concursus facultativus ad delictum begegnen. Die Ansichten der Rechtslehrer sind auch hier getheilt. Würde schon die herrschende Versuchstheorie ausgereicht haben, Controverse an Controverse zu erzeugen, so hat die bestehende Causalitätstheorie das ihrige dazu beigetragen, das Bild noch verschlungener zu gestalten. Wir müssen uns deshalb beschränken, die wichtigsten Erscheinungen in der Litteratur zu besprechen; eine mehr oder minder erschöpfende Darstellung der Lehre von der Theilnahme liegt ausserhalb unserer Aufgabe.

Zachariae hat in seiner Auffassung, ob der concursus facultativus unter den Versuchsbegriff falle oder sich ihm entziehe, ein Schwanken an den Tag gelegt, welches an das von Mittermaier erinnert, der die Strafbarkeit des s. g. Versuches mit untauglichen Mitteln früher nach der subjektiven, später nach der objektiven Theorie beurtheilt[1] und die Pönalsanktion bald auf die Vollendung, bald auf alle

[1] S. oben S. 368 Note 1.

Akte der homogenen Thätigkeit bezogen hat.[2] In seiner Monographie hat er sich für die erste,[3] im Goltdammer'schen Archiv für die letztere Alternative ausgesprochen.[4] So sehr wir auch den wissenschaftlichen Freimuth anerkennen, mit dem er sich in seinen späteren Jahren eines früheren Irrthums zeiht;[5] die Gründe, durch welche er die Veränderung seines Standpunktes rechtfertigt, sind so wenig überzeugend, dass sein Widerruf nahezu spurlos verhallt ist. Noch heute werden Ansichten unter Berufung auf seine Versuchslehre vertheidigt, ohne dass die gegentheilige Auffassung, die er in Goltdammers Archiv vorträgt, auch nur angedeutet wird.[6]

In der That ist denn auch Zachariae mehr einem praktischen Takte als durchschlagenden Argumenten gefolgt, wenn er erklärt, dass der Gegensatz von Anfang und Vollendung zwar auch innerhalb der Theilnahme seine faktische Bedeutung habe, in ihr jedoch der rechtlichen Relevanz ermangele. Seine Annahme, dass dies „mit einfacher, logischer Consequenz aus dem Wesen der Theilnahme und des Versuchsbegriffes" folge, wird durch die Motivirung, die er hieran schliesst, nicht unterstützt:[7]

„*Denn — so führt er wörtlich fort — die Anwendung des letzteren setzt als nothwendigen Gegensatz die Möglichkeit einer Vollendung oder Consummation im juristi-*

---

[2] S. oben S. 371.

[3] Zachariae: Die Lehre des Versuches Bd. I § 34 S. 54. 55. Bd. II § 165 S. 34—36 § 184 S. 85. 86.

[4] Zachariae: Vom Versuch der Verbrechen in Goltdammers Arch. Bd. III S. 298—301.

[5] a. a. O. S. 298 Note 1; wobei jedoch zu bemerken, dass er nur bezüglich der Anstiftung seine frühere Ansicht verlassen hat. Bezüglich der Beihilfe und der Begünstigung hat er bereits in seiner Versuchslehre die Grundsätze entwickelt (a. a. O. Bd. I S. 61—66), denen wir hier wieder begegnen.

[6] v. Wächter: Ueber die erfolglose Anstiftung in der Schwarze-schen Allgem. Ger.-Zeitung für das Königreich Sachsen pro 1876 S. 2. Auch v. Buri in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 282 erwähnt nur die Ansicht, die Zachariae in seiner Versuchslehre vorträgt, übergeht dagegen die, welche er nachträglich als die richtigere hinstellt.

[7] a. a. O. S. 298. 299.

schen Sinn voraus. Wenn nun letztere dadurch bedingt ist, dass zum vollständigen Begriff der verbrecherischen Handlung das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit bis zu einem gewissen, gesetzlich bestimmten oder aus dem Begriff der Handlung sich ergebenden Ziele resp. die Herbeiführung eines gewissen Erfolges gehört, so ist klar, dass in Betreff jeder Art der Theilnahme von einem solchen Consummations-Moment nicht die Rede sein kann. Vielmehr bleibt hier immer nur die Alternative: Entweder ist schon etwas geschehen, was in Betreff der Begehung eines bestimmten Verbrechens durch einen Anderen als Theilnahme zu strafen ist, dann liegt auch vollständig der Begriff der Theilnahme vor, mag dies nun viel oder wenig, Alles oder noch nicht Alles von dem sein, was der Theilnehmer zu thun beabsichtigte: oder es ist noch nichts geschehen, was unter das Strafgesetz fällt, dann ist damit auch die Möglichkeit der Annahme eines verbrecherischen Versuches ausgeschlossen."

Weit entfernt, dass der Versuchsbegriff, von dem er ausgeht, damit harmonirt, steht er vielmehr zu seinen Deduktionen in einem flagranten Gegensatz. Ist der Unterschied des Anfangs und der Vollendung die Basis, auf der der Versuch ruht, so ist nicht abzusehen, weshalb die Möglichkeit, den successiven Uebertritt des Willens in die Aussenwelt zu constatiren, bei der Thäterschaft eine rechtlich erhebliche, bei der Theilnahme eine rechtlich unerhebliche Rolle spielen sollte. Wer im § 3 auseinandersetzt,[8] dass der Versuchsbegriff nur da cessire, wo der faktische Gegensatz des einen und anderen Stadiums einer Handlung sich der Wahrnehmung unserer Sinnesorgane entziehe, hat kein Recht, im § 5 sich zu der entgegengesetzten Meinung zu bekennen. Wer bei der Injurie lehrt, dass man bei ihr nur die Wahl habe, die nuda cogitatio oder den Thatbestand der Vollendung anzunehmen, geräth mit sich selbst in Widerspruch, wenn er erklärt, dass die entgegengesetzte

[8] a. a. O. S. 176. 177.

Alternative auch da zutreffe, wo er die abweichende Voraussetzung ausdrücklich als vorhanden zugesteht. Aber auch aus dem Wesen der Theilnahme folgt nichts zu Gunsten Zachariaes.[9] Verstehe ich ihn recht, so will er dem Gedanken Ausdruck geben, dass in dem speciellen Theil des Strafgesetzbuches der letzte Akt der unter Strafe gestellten Handlungen genau beschrieben sei, während die lex lata hierüber beim concursus facultativus schweige. Wenn ich auch zugebe, dass sich diese Ansicht beim Meineid vertheidigen liesse, bei den Unzuchtsverbrechen, bei dem Zweikampf, bei der unbefugten Auswanderung, bei dem Beiseiteschaffen von Sachen, bei der Entführung u. s. w. erweist sie sich von selbst als hinfällig. Zachariae hat daher den Einwand, den ich erhebe, und den er bereits in seiner Versuchslehre berücksichtigt hat, wohl unterschätzt, wenn er ein „solches Raisonnement" als unverständlich bezeichnet, indem der Unterschied zwischen der Handlung des Thäters, deren Vollendung durch ein gesetzlich hervorgehobenes Merkmal gekennzeichnet sei und der des Gehilfen, welche nach dieser Richtung hin der gesetzlichen Charakteristik ermangele, so in die Augen springe, dass es sich in der That nicht verlohnen möchte, hierüber auch nur ein Wort zu verlieren.[10] Im Gegentheil entnehme ich hieraus nur, wie sehr sich auch seiner Beobachtung der Unterschied zwischen dem Consummationsakt und einem Consummationsmerkmal entzogen hat.

Die accessorische Natur der Beihilfe dagegen verkennt Zachariae, wenn er sich zur Unterstützung seiner Ansicht auch auf das positive Recht beruft. Er ist nämlich der Meinung, dass die Auffassung der Theilnahme als einer selbständigen Verbrechensform zu der unstatthaften Consequenz führen würde, die Strafbarkeit des Gehilfen über die des physischen Urhebers auszudehnen. Denn während nach § 31 preuss. St.-G.-B. der Thäter nicht bestraft werde, der das

---

[9] Hälschner: System Bd. I S. 330.

[10] a. a. O. (Versuchslehre) Bd. I S. 64.

Gebiet der Vorbereitung noch nicht überschritten habe, sei der Gehilfe nach § 34 No. 2 auch schon dann zur Verantwortung zu ziehen, wenn er präparatorische Maassnahmen unterstütze. Wollte man daher noch weiter gehen und den Versuch der Theilnahme für strafbar erachten, so müsste man jede Willensmanifestation des Gehilfen verfolgen.[11] Allein die Strafbarkeit des Gehilfen ist davon bedingt, dass der Thäter ein vollendetes oder unvollständiges Delikt begeht, so dass derjenige, der die Vorbereitung fördert, damit eo ipso der Ausführung Vorschub leistet. Die Vorbereitungshandlungen des Thäters sind daher den Maassnahmen des Gehilfen, der ihm hierbei zur Seite steht, nicht parallel, so dass daraus, dass jene für straflos, diese für strafbar erklärt werden, sich ein Schluss weder für noch gegen die Statthaftigkeit eines Versuches der Theilnahme ableiten lässt.

Auf einer Verwechslung des Versuches der Theilnahme und des Versuches des Verbrechens, zu welchem Hilfe geleistet wird, beruht endlich die Argumentation Zachariae's, dass man, würde man sich der von ihm vertheidigten Ansicht nicht anschliessen, mit dem positiven Recht in sofern in Widerspruch träte, als die Vergehen der Bestimmung des § 31 nur in den im speciellen Theil hervorgehobenen Fällen unterliegen.

„*Wollte man also — so deducirt Zachariae weiter — Handlungen der Theilnehmer zugleich unter den Versuchsbegriff zwängen, so würde sich daraus die Folge ergeben, dass man sie entweder gegen die gesetzliche Bestimmung über die Bestrafung der Theilnahme als straflos oder gegen die Regeln von der Bestrafung des Versuches als strafbar erachten muss.*“[12]

Abgesehen davon aber, dass es uns durchaus unzulässig erscheint, den Versuch der Theilnahme an einem Vergehen mit dem Versuch des Vergehens selbst zu identificiren, würde auch die von uns damit perhorrescirte Auf-

[11] a. a. O. (in Goltdammers Arch.) S. 299b.

[12] a. a. O. S. 299 Note 1.

fassung nicht zu der von Zachariae betonten Consequenz drängen. Wer Beihilfe und Versuch für Synonyma hält, ist damit eo ipso verhindert, sie gleichzeitig für verschiedene Begriffe zu erachten. Man kann daher nur entweder gegen die Grundsätze von der Theilnahme oder gegen die vom strafbaren Versuch verstossen, nicht aber zum Theil mit diesen, zum Theil mit jenen in Conflikt gerathen.

Vollends fehlt es an jeder Begründung, weshalb die Anstiftung den Versuchsbegriff ausschliessen sollte. Denn wenn auch Zachariae seine Lehre ganz allgemein für die Theilnahme vorträgt, so befasst sich doch deren Motivirung ausschliesslich mit der Beihilfe. Jedenfalls stimmt der Standpunkt, den er hier vertheidigt, nicht mit dem überein, den er für die formell vollendeten, materiell unvollendeten Verbrechen vertritt. Reicht der Umstand, dass das Gesetz einen höheren Verbrechensbegriff kennt, hin, die That, welche ein daneben vorhergesehenes Specialdelikt erfüllt, zum Versuch zu machen,[13] so würde die unternommene Verleitung zum Meineid entweder zur Anerkennung eines Versuches der Anstiftung oder zur Aufgabe einer Deliktsart nöthigen, deren Namen das Kainszeichen eines Widerspruches an sich trägt.

Ich glaube auch nicht, dass sich das Verhältniss zwischen dem unvollständigen Delikt und der Theilnahme von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus erörtern lässt; jedenfalls dürfte es zum Verständniss unserer Auffassung beitragen, wenn wir zunächst die Anstiftung ins Auge fassen, um sodann die Beihilfe und die Begünstigung zu besprechen.

Bezüglich der Anstiftung stehen sich in der Doktrin zwei Ansichten gegenüber; die eine fasst sie als ein Mittel auf, ein Delikt auf intellektuellem Wege zu begehen, die andere erklärt sie für eine besondere Verbrechensform. Für uns ist diese Controverse von präjudizieller Bedeutung. Wäre jene Theorie begründet, so würden wir uns hier jeder weiteren Auseinandersetzung enthalten können; die Grund-

---

[13] a. a. O. (in Goltdammers Arch.) Bd. III § 3 S. 170. 171.

sätze, welche wir in den beiden vorigen Kapiteln aufgestellt haben, kämen auch für die Anstiftung zur Anwendung, indem der Umstand, dass sich der Thäter bald der ihm von Natur verliehenen Organe, bald der ausserhalb seines Körpers liegenden Mittel, bald einer freien Persönlichkeit bedient, um ein Verbrechen zu verüben, nur den beliebigen modus procedendi berühren und damit jeder rechtlichen Bedeutung ermangeln würde. Wäre dagegen diese Theorie begründet, so würden wir uns der Untersuchung zu unterziehen haben, ob das Wesen der Anstiftung sich mit dem des Versuches oder dem des unvollendeten Verbrechens verträgt oder beide gleichmässig von sich zurückstösst.

Der Streit zwischen der einen und anderen Partei kann jedoch nicht früher zum definitiven Austrag kommen, bevor nicht die Frage nach der Causalitätsnatur der Anstiftung vorab entschieden wird. Wer nämlich die intellektuelle Urheberschaft für eine besonders geartete Verbrechensform erachtet, ist verhindert, ihr Mitwirksamkeit an der vom physischen Autor begangenen That zuzuschreiben; wer ihr dagegen einen Antheil hieran zumisst, ist nicht in der Lage, sich von dem letzten Ausfluss der italienischen Doktrin, welche auf das Verhältniss zwischen dem Anstifter und dem Angestifteten die Grundsätze vom civilrechtlichen Mandat übertrug[14] und damit die Identificirung des einen mit dem anderen lehrte, vollständig loszusagen.

Denn wer die intellektuelle Urheberschaft zu einer selbständigen Deliktsform erhebt, muss deren Strafbarkeit damit begründen, dass durch sie eine von Erfolg begleitete Einwirkung auf die Entschliessung einer freien Persönlichkeit stattfindet. Die Erregung von Motiven ist aber ihrer Natur nach nur fähig, Folgen zu vermitteln; die Kraft, Folgen aus sich heraus hervorzurufen, wohnt ihr dagegen nicht inne. Wer einen Anderen durch Bitten oder durch

[14] Zachariae: Versuchslehre Bd. II S. 284. 288. Luden a. a. O. S. 407. 409. 410. 415. 416. Menochius: De arbitriis judicis quaestionibus et caussis Lib. II casus 352.

Drohungen bewegt, einen Mord zu begehen, verhehlt sich nicht, dass aus dem, was von seiner Seite geschehen ist, der Tod eines Menschen nicht entspringen kann, vielmehr ist er sich bewusst, dass der Wille des Dritten das Mittelglied bildet, durch welches die Verbindung zwischen seiner That und der von ihm beabsichtigten Veränderung in der Aussenwelt hergestellt wird. Der Anstiftung würde daher, wenn man in ihr eine besondere Deliktsform erblickt, der causale Charakter abgehen. Damit wäre zugleich der herrschenden Doktrin die Handhabe entzogen, deren strafrechtliche Verantwortung zu begründen: ohne Causalität — kein Verbrechen, so lautet im Allgemeinen ihr Dogma.[15]

Geht man aber davon aus, dass der intellektuelle Urheber eine Mitwirksamkeit an dem vom physischen Urheber begangenen Verbrechen entfalte, so ist die juristische Construktion zur Zeit darauf angewiesen, ihn über die Selbstbestimmung einen freien Persönlichheit hinaus verantwortlich zu machen. Denn wenn auch innerhalb der Thäterschaft der von Köstlin aufgestellte,[16] vielfach gepriesene[17] Satz:

Von einer absoluten Ursache kann in der Sphäre der Endlichkeit, worein die menschliche Handlung fällt, nicht die Rede sein.

---

[15] Keine Handlung wird ohne Causalitätsprocess für denkbar erklärt. Berner: Theilnahme S. 205, der deshalb beim Versuch hervorhebt, dass bei ihm der Causalitätsprocess die Absicht dem freilich nicht erreichten Erfolge entgegen trage. Köstlin: N. Revision § 182 S. 453 der seinen Causalitätsbegriff beim Versuch cessiren lässt, „weil hier Handlung und Wirkung in Eins zusammenfalle.“ Im Uebrigen verweisen wir auf § 18 zurück, in dem wir zwar Auffassungen begegnet sind, wonach der Versuch der Causalität entbehre; auf ein Bedenken dagegen, dass jedes vollendete Verbrechen einen Causalzusammenhang voraussetze, sind wir nirgends gestossen. Wer aber bei den Unzuchtsverbrechen etc. von Causalität spricht, erkennt damit die Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes an.

[16] Köstlin: N. Revision S. 453.

[17] Hälschner: System Bd. I S. 312. Berner: Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen S. 190. 191 u. a. m.

bereits mehrfach angefochten ist, indem die aus ihm entflossene Causalitätstheorie von v. Buri von verschiedenen Seiten Angriffe erfahren hat; innerhalb der Theilnahme wird er mit aller Strenge durchgeführt. Weil ohne die Unterstützung des Gehilfen das Verbrechen nicht zur Ausführung gelangt sein würde, wird in ihr allseitig ein causales Element erblickt.[18] Die Lehre, welche auf dem einen Gebiet des Criminalrechts bekämpft wird, erfreut sich damit auf dem anderen einer unangetasteten Autorität. Dass der, welcher Waffen anschafft, um einen Mord zu begehen, eine causale Thätigkeit noch nicht entfaltet hat, dürfte wohl von Wenigen bestritten, dass aber der, welcher sie dem Verbrecher an die Hand giebt, damit er damit eine Tödtung ausführe, dadurch sich nicht mitwirksam für den eigetretenen Erfolg erweise, nur von Wenigen anerkannt werden. Dennoch liegt die Sache nicht anders hier wie dort; ist die Vorbereitung nicht causaler Natur, es mag der Thäter seine Absicht verwirklichen oder von der Ausführung seines Entschlusses abstehen, so vermag ich keinen Unterschied darin zu erblicken, dass er in dem einen Falle sich das Gewehr ankauft, in dem anderen der Dritte es ihm darleiht. In der Versuchsmaterie hat Otto explicirt, dass Gajus in Petersburg den Sejus in Paris nicht tödten kann,[19] — und ich war genöthigt, seine Auseinandersetzung als überflüssig zu bezeichnen: hätte er in der Causalitätslehre der herrschenden Theorie entgegengehalten, dass der Gehilfe in New-York nach den Gesetzen der Natur nicht Mitwirksamkeit an einem in Peking verübten Mord auszuüben im Stande ist — ich hätte die einfache Wahrheit als einen gewaltigen Fortschritt unserer Wissenschaft begrüsst. Aber bei der Anstiftung hat die Köstlin'sche Theorie ihre eigenthümlichen Schwierig-

---

[18] Berner a. a. O. S. 238. Hälschner: Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzes im Gerichtssaal pro 1873 S. 115. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II § 7 S. 335. Schwarze: Commentar S. 138. 139. Meyer: Lehrbuch S. 229 in Verbindung mit S. 181 u. a. m.

[19] Otto a. a. O. S. 32. 33.

keiten. War es auch danach leicht, aus der Prämisse, dass jedes Ereigniss, welches ohne das andere nicht eingetreten wäre, causaler Natur sei, dem intellektuellen Urheber Mitwirksamkeit an der vom physischen Urheber verübten That zuzuschreiben; die nähere Begründung hierfür war damit noch nicht gewonnen. Hätte man deducirt, dass ohne das von ihm erregte Motiv der Entschluss, das Verbrechen zu verüben, nicht gefasst worden wäre, so würde man auf den Abweg gerathen sein, inneren Vorgängen causalen Charakter beizulegen. Man war daher genöthigt, noch einen Schritt weiter zu gehen. Man musste dem geistigen Autor auch einen physischen Eingriff in die Aussenwelt suppeditiren. Die Auffassung, dass er das Verbrechen auf intellektuellem Wege verübe, war damit geboten.

Darin liegt meines Erachtens der Schwerpunkt der Controverse. Dies scheint mir gleichmässig im diesseitigen und im jenseitigen Lager nicht ausreichend gewürdigt worden zu sein. Wir überzeugen uns davon, wenn wir die beiden namhaftesten Vertreter der einen und der anderen Richtung einander gegenüber stellen.

Schütze, welcher in seiner Monographie „die nothwendige Theilnahme am Verbrechen" die Anstiftung als eine besonders geartete Verbrechensform behandelt,[20] nichtsdestoweniger aber an der herrschenden Causalitätslehre festhält, hat sich dadurch behindert gesehen, seiner Theorie die vorzüglichste Stütze zu geben, der von ihm bekämpften, die gefährlichste Waffe zu entwinden. Der allgemeine Grundsatz, den er für die Betheiligung an einem fremden Verbrechen aufstellt,[21] und welchen er sodann auf die Mitthäterschaft,[22] die Anstiftung[23] und die Beihilfe[24] überträgt, lautet nämlich wie folgt:

---

[20] a. a. O. S. 17—22 S. 244. 245.
[21] a. a. O. S. 192. 193.
[22] §§ 35 und 38 S. 200. 201 und S. 226. 227.
[23] § 42 S. 250. 251.
[24] § 51 S. 307—312.

„Jeder von mehreren bei Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges schuldhaft Betheiligten ist zu strafen nach Beschaffenheit und Umfang

1. seines (äusseren) Thatantheils an dem verbrecherischen Ergebniss — sei dasselbe Versuch oder Vollendung — m. a. W. des Antheils, den seine in der Aussenwelt hervorgetretene Thätigkeit (die Anwendung seiner eigenen körperlichen wie geistigen Kräfte und Mittel) als Ursache an dem Ergebniss als Wirkung gehabt hat, plus der Beschaffenheit und dem Umfang,

2. seines (inneren) Schuldantheils an dem verbrecherischen Ergebniss m. a. W. des Antheils, den seine Willensthätigkeit (Anwendung von Willenskräften) als Ursache an dem Ergebniss als Wirkung zu verantworten hat.“

Dieser Schuldantheil zerfällt wiederum in folgende Bestandtheile; in:

a. die Causalität des rechtswidrigen Willens eines Jeden im Verhältniss zu seiner eigenen Thätigkeit (der isolirte oder Eigenschuld-Antheil). Hier ist zu unterscheiden Vorsatz im weiteren Sinne (dolus) und blosse Fahrlässigkeit — im ersteren Falle möglicher Weise prämeditirter (überlegter) und nicht prämeditirter (übereilter) Vorsatz, im zweiten, ob Frevelhaftigkeit oder eine einfache Unvorsichtigkeit vorlag. Doch findet bei lediglich fahrlässiger Mitwirkung die folgende Untersuchung keinen erheblichen Spielraum.

b. Die Causalität des rechtswidrigen Willens eines Jeden für Willen und Thätigkeit des Anderen m. a. W., die verbrecherische geistige Einwirkung (der Mitschuldantheil).“

Nun ist aber, wie Schütze selbst betont, der Thatantheil des Anstifters ein rein geistiger.[25] Das Verbrechen ist daher nicht, wie Schütze an einer anderen Stelle hervorhebt,[26] nur bei äusserer Betrachtung, sondern auch bei

[25] a. a. O. S. 251.

[26] a. a. O. S. 253.

der sorgfältigsten Prüfung des physischen Urhebers alleinige That. Wer nicht gewillt ist, den Angestifteten als Repräsentanten oder als Werkzeug des Anstifters zu behandeln, wer im Gegentheil erklärt, dass die intellektuelle Urheberschaft sich ausschliesslich auf psychologischer Grundlage bewege,[27] verfällt in die gegnerische Theorie, wenn er ihr irgend welche Mitwirksamkeit an der Veränderung in der Sinnenwelt zuschreibt. Beschränkt sich der Anstifter darauf, auf rein geistiger Sphäre zu wirken und überlässt er es dem Angestifteten, in die physische Sphäre einzugreifen, so ist die That des einen von der des anderen derart geschieden, dass eine Abrechnung, die von einem gemeinschaftlich verursachten Verbrechen ausgeht, damit definitiv ausgeschlossen wird. Danach kann der Anstifter nur für die Einwirkung, die er auf den fremden Willen ausgeübt, der Angestiftete nur für die Modifikation, die er in der Aussenwelt hervorgerufen hat, zur Verantwortung gezogen werden. Schütze fordert aber noch ausserdem von jedem von ihnen eine doppelte Rechenschaft, die für den isolirten und die für den gemeinschaftlichen Schuldantheil. Unter jenem haben wir nicht „die Causalität des rechtswidrigen Willens“, sondern dessen Qualifikation zu verstehen; die Frage, ob dolus oder culpa, ob mit Ueberlegung oder aus Uebereilung gehandelt worden ist, steht mit dem Verhältniss von Grund und Folge oder, um mit der herrschenden Doktrin zu sprechen, mit dem von Ursache und Wirkung nicht im Zusammenhang. So richtig es nun auch ist, dass die subjektive Seite bei der Zurechnung von entschiedenstem Gewicht ist, so wenig scheint es mir gerechtfertigt, sie durchweg als ein Accessorium der objektiven zu behandeln. Setzt jedes Verbrechen eine Schuld voraus, so sind deren Arten, der dolus und die culpa, nicht ein Annexum der That, welches deren Strafbarkeit erhöht, sondern die Voraussetzung, von der jede Bestrafung abhängt. Anders dagegen steht es

[27] a. a. O. S. 248. 249.

mit den Schuldstufen; bei ihnen halte ich mich zu einem Widerspruch nicht für berechtigt.

Was endlich den gemeinschaftlichen Schuldantheil anlangt, so zerfällt derselbe bei genauerer Prüfung in den, welchen der Anstifter und den, welchen der Angestiftete, und zwar einer unabhängig von dem anderen, zu tragen hat. Kommt es nämlich hierbei nur auf die geistige Einwirkung und Rückeinwirkung an, so müssten wir den heutigen Causalitätsbegriff, der ohnedies zu weit gefasst ist, derart ausdehnen, dass er auch auf intellektuellem Gebiete Anwendung findet, wollten wir eine Gemeinschaft der „sittlichen Schuld“[28] construiren. Schütze selbst gesteht dies indirekt zu, indem er den Mitschuldantheil des Anstifters dahin angiebt, dass er den Thäter zur Begehung des Verbrechens bestimmt[29] und den des Angestifteten darin findet, dass er dem angebotenen Motive nicht widersteht.[30] Denn hierin liegt das stillschweigende Anerkenntniss, dass die Schuld des einen wie die des anderen der isolirten That entspricht. Der intellektuelle Urheber ist verantwortlich, weil er den Beweggrund, der zum Delikte getrieben, ins Leben gerufen hat, der physische Urheber ist verantwortlich, weil er der physischen Einwirkung Folge geleistet, oder mit anderen Worten, weil er eine verbrecherische Handlung vorgenommen hat. Wenn Schütze, um die gegenseitige Schuld zu construiren, noch das Moment hineinzieht, dass der Angestiftete „sich einer bestärkenden Rückeinwirkung auf den Anstifterwillen schuldig mache, indem er zu dessen intensiverer Kräftigung und Fortdauer schuldhaft mitwirke,“[30] so möchte ich dagegen erinnern, dass wir über rein interne Vorgänge zu Gericht sitzen würden, wollten wir hierauf bei der Strafzumessung Rücksicht nehmen. So wenig scheint mir aber überdies die Annahme einer geistigen Rückeinwirkung auf den Willen des intellektuellen Urhebers ge-

---

[28] a. a. O. S. 193.
[29] a. a. O. S. 251.
[30] a. a. O. S. 254.

gründet zu sein, dass ich im Gegentheil eher geneigt wäre, dieselbe der erfolglosen als der gelungenen Anstiftung zuzuschreiben. Man könnte allenfalls von demjenigen, welcher den ihm angesonnenen Auftrag ablehnt, weil ihm der angebotene Preis zu gering sei, behaupten, dass er die Energie des verbrecherischen Willens gesteigert habe, wenn ein Anderer an seiner Stelle mit erheblicheren Opfern geworben wird, nicht aber von demjenigen, der auf das Ansinnen ohne Weiteres eingeht und damit dem Verführer jeden Anreiz nimmt, weitere Kraftanstrengungen zur Verwirklichung seiner Absicht zu machen. Sehen wir daher von den Umständen ab, in denen je nach der Individualität des Falles die Waagschaale der Schuld steigt oder sinkt, so kommen die Grundsätze, welche Schütze vorträgt, im Wesentlichen darauf hinaus:

Die That des Anstifters gehört der geistigen, die des Angestifteten der physischen Sphäre an; die Schuld des einen hat mit der des anderen keine Gemeinschaft.

Damit würde er das Princip vertreten, zu dem wir uns bekennen, und dessen näherer Begründung wir uns bald zu unterziehen gedenken. Zu ihm gelangt man aber nur, wenn man die causale Natur der Anstiftung verwirft. Schütze hätte daher die herrschende Doktrin gleichzeitig von zwei Seiten aus, in der Lehre von der Urheberschaft und in der von der Causalität angreifen müssen, wollte er es vermeiden, sein System in einem doppelten Style aufzubauen.

Umgekehrt glaubt Hälschner, dass der Streit, den Schütze angefacht hat, nur auf einer abweichenden Terminologie beruhe; denn im Wesentlichen macht er geltend, dass der bisherige Sprachgebrauch ein derart erprobter sei, dass kein Grund vorliege, ihn zu verlassen.[31] Nur an einer Stelle blickt der Gedanke durch, dass die Controverse denn doch von eminenter Tragweite wäre. Schütze hat sich nämlich nicht damit begnügt, die Anstiftung als

---

[31] Hälschner: „Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Straf-G.-B." im Gerichtssaal pro 1873 S. 85—93.

eine eigenthümliche Verbrechensform hinzustellen, sondern er hat auch noch überdies den heutigen Begriff der Urheberschaft, welcher bald den intellektuellen, bald den physischen, bald den nicht angestifteten, bald den angestifteten Urheber bezeichnet, als unhaltbar verworfen und demzufolge eine neue Terminologie in die Rechtswissenschaft eingeführt. Danach unterscheidet er zwischen dem Thäter (Mitthäter) einer- und den betheiligten Nichtthätern andererseits (Anstifter, Helfer).[32] Vorzüglich hiergegen wendet sich Hälschner, indem er deducirt:[33]

„*Wenn die Doktrin verschiedene Formen der Urheberschaft unterscheidet, so thut sie es in dem Sinne, dass einem Jeden, den sie als Urheber bezeichnet, das zu strafende Delikt als solches in seinem vollen gesetzlichen Thatbestande zuzurechnen ist, nicht aber dem Gehilfen, der als solcher das Delikt nicht begangen, sondern nur bei seiner Begehung Seitens eines Anderen helfend mitgewirkt hat. Darin also, dass der Urheber das Delikt selbst verübt und im vollen Umfang seines gesetzlichen Thatbestandes zu verantworten hat, liegt das positive Moment, in welchem alle Formen der Urheberschaft übereinkommen.*“

Damit steht der Satz im Zusammenhang, zu dem er sich an einer anderen Stelle bekennt, wonach zwar dem Urheber die That des Gehilfen, nicht aber die des Urhebers dem Gehilfen zuzurechnen sei.[34]

Hierin liegt der ganze Schwerpunkt der Meinungsverschiedenheit. Nur die Parteiverhältnisse sind verschoben; nicht in der Defensive dürfen wir, die wir uns Schütze anschliessen, verharren, sondern wir müssen zur Offensive übergehen. Denn nimmermehr ist die doppelte Buchführung gerechtfertigt, die gleichzeitig den physischen Urheber mit der That belastet, die er begangen, und den intellektuellen

---

[32] a. a. O. S. 17—22.

[33] a. a. O. S. 86.

[34] a. a. O. S. 105. 106. 117. Derselbe: System Bd. I S. 303.

mit der, die er nicht begangen hat. Während uns in der Entwickelung des Wesens der Anstiftung auseinandergesetzt wird: der intellektuelle Urheber verübt nicht das Verbrechen, sondern er ruft die Selbstbestimmung eines freien Willens hervor,[35] werden wir im vollen Gegensatz hierzu bei der Zurechnung belehrt: der intellektuelle Urheber ist nicht zu bestrafen, weil er die Selbstbestimmung eines Anderen veranlasst, sondern er ist zu bestrafen, weil er das Verbrechen begangen hat. Nicht minder ist der Satz hinfällig, dass der Thäter die Unterstützung des Gehilfen zu verantworten habe. Das Maass seiner Schuld wird erfüllt mit dem, was er selbst gethan; für einen fremden Willen hat er nicht Rede und Antwort zu stehen. In der Lehre von der Zurechnung werden wir darauf hingewiesen, dass der Mangel des Bewusstseins jede Responsabilität aufhebt,[36] und in der Lehre von der Anstiftung werden wir aufgefordert, dem Thäter auch die Beihilfe in Rechnung zu setzen, die ihm ohne sein Vorwissen von einem Dritten geleistet worden ist. Hier bricht die herrschende Causalitätslehre zusammen. Zwingt uns der Satz: „In der Sphäre der Endlichkeit sind alle wesentlichen Umstände gleich wirksam“ dazu, die Fundamente des Criminalrechts preiszugeben, um die volle Haftung desjenigen, dem einseitig bewusste Beihilfe geleistet worden ist, für den von ihm ins Leben gerufenen Erfolg zu begründen, so sind, wie es mir scheinen will, die Tage seiner Herrschaft gezählt.

Ich würde daher glauben, geflissentlich Schütze nicht volle Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, wollte ich das Verdienst verschweigen, das er sich um die Rechtswissenschaft durch die Bekämpfung des Begriffes der Urheberschaft und durch die Unterscheidung zwischen Thäterschaft und Betheiligung an der Thäterschaft erworben hat. Mag man auch an seiner Terminologie Nebendinge auszusetzen haben, die herrschende hat er überholt. Die Einwendungen, die

---

[35] Hälschner: System Bd. 1 S. 345.

[36] a. a. O. S. 103. 104.

man nach dieser Richtung hin gegen ihn erhoben hat, sind meines Erachtens unbegründet.

Denn wenn man gegen ihn den doktrinellen Sprachgebrauch aufruft und dabei hervorhebt, dass der Ausdruck „Urheber" den Kreis der Personen bezeichne, welche ein Delikt im vollen Umfang zu verantworten haben,[37] so möchte ich dagegen geltend machen, dass man wohl nur recht gezwungen denjenigen, welcher ein falsches Zeugniss ablegt, den „Urheber des Meineides", denjenigen, der mit einer verheiratheten Frau concumbirt, den „Urheber des Ehebruchs"; den, welcher sein Vermögen nach erfolgter Zahlungseinstellung in fraudulоser Absicht bei Seite schafft, den „Urheber des Bankeruttes" nennen kann. Bezeichnet man als den Urheber des Mordes denjenigen, auf welchen eine Tödtung zurückzuführen ist, so ist man nur dadurch in der Lage denjenigen, aus dessen That der Tod entsprungen ist, mit dem gleichen Namen zu belegen, dass man sich einer vox aequivoca bedient.

Wenn weiter gegen Schütze errinnert wird, dass es ihm nicht gelungen sei, die Grenze zwischen der Thäterschaft und Beihilfe markant zu ziehen,[38] so wird der Situation auf beiden Seiten nicht gebührend Rechnung getragen. Wer wie er, eine Specialmaterie behandelt, der darf sich nicht mit Unrecht der Erwartung hingeben, dass das ausser derselben liegende Material im Allgemeinen von der Wissenschaft genügend vorbereitet sei. Wer die Lehre von der Theilnahme zum Gegenstand seines Studiums macht, setzt als selbstverständlich voraus, dass die von der Causalität auf festerer Grundlage ruhe. Umgekehrt hat auch die gegnerische Partei das Problem noch nicht gelöst. In einer Controverse, wo sich fünf Ansichten gegenüberstehen, in der wir eine subjektive, objektive, und eine vermittelnde Theorie, die Theorie von Glaser, welche von der unbestimmten Absicht ausgeht,[39] und die von Hälschner, welche

[37] Hälschner a. a. O. (Gerichtssaal) S. 86. 88. 89.

[38] a. a. O. S. 110.

[39] Glaser: Gesammelte kleinere Schriften Bd. I S. 145—152, der

zwischen dem abstrakten und dem concreten Thatbestand scheidet,[40] aufzuzählen haben, scheint mir das letzte Wort noch nicht gesprochen zu sein. So lange man daran festhält, dass die Beihilfe mit dem Verbrechen in einem Causalzusammenhang stehe, dass in ihr eine Mitwirksamkeit für den vom Thäter ins Leben gerufenen Erfolg enthalten sei, dass der Causalitätsprocess anstatt in der That in dem Willen seinen Ursprung nehme, dass das Verhältniss von Ursache und Wirkung das gesammte Criminalrecht beherrsche, so lange ist nach meiner Ansicht der Boden nicht reif, die Frucht zu zeitigen, deren Saamen wir ihm anvertrauen.

Kehren wir nunmehr zur Anstiftung zurück. Aus der Theorie von Schütze haben wir erkannt, dass man, wenn man consequent vorgeht, ihr causalen Charakter abzusprechen hat, aus der von Hälschner haben wir erfahren, dass man, wenn man ihr Causalitätsnatur zuschreibt, zu Fiktionen greifen muss. Damit wäre der indirekte Beweis geführt, dass der Anstifter eine Mitwirksamkeit für das Verbrechen nicht ausübt. Aber auch der direkte Beweis hierfür lässt sich erbringen. Der Anstiftung geht die potentielle und damit von selbst die aktuelle Causalität ab, weil nicht das Verhältniss von Grund und Folge, sondern das von Beweggrund und Folge ihr Substrat bildet. Der Unterschied zwischen dem einen und dem andern liegt aber, wie wir bereits hervorgehoben, darin, dass der Grund die Fähigkeit hat, Folgen nach sich zu ziehen, der Beweggrund nur die, Folgen zu vermitteln.[41] Dort werden mithin, wie wir des besseren Verständnisses wegen nochmals betonen, zwei Ereignisse in der Sinnenwelt mit einander objektiv, hier zwei Ereignisse in der Objektivität mit einander subjektiv verbunden. Der Anstifter steht daher mit der vom Angestifteten verübten That nicht in einem Causal-, sondern in einem Veran-

---

freilich damit nur die Fälle umgrenzen will, in denen ihm der Gehilfe minder strafbar als der Thäter erscheint.

[40] Hälschner a. a. O. S. 103 fg.

[41] S. oben S. 576—580.

lassungszusammenhang, in jenem Zusammenhang, den wir bereits beim Betruge kennen gelernt haben, und der uns überall entgegentritt, wo der Verbrecher auf die Entschliessung eines Dritten einwirkt, um die von ihm beabsichtigte Veränderung in der Sinnenwelt zur Erscheinung zu bringen. Soll sich daher die Anstiftung als eine eigenthümliche Deliktsform darstellen, so muss ihr ein Merkmal zukommen, das den Veranlassungszusammenhang, der sie charakterisirt, von dem unterscheidet, den uns einzelne im speciellen Theil des Strafgesetzes vorhergesehene Verbrechen aufweisen. Diese Differenz sehe ich nun darin, dass bei ihr ein Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung hergestellt wird, während beim Betruge, der Erpressung, der Nöthigung (§ 240 R.-St.-G.) die Folge, welche auf das Motiv zurückzuführen ist, als Objekt der verbrecherischen Thätigkeit in Betracht kommt. Damit wäre die eigenartige Deliktsform der Anstiftung dargethan.

Die Objektivität wirkt aber auf die Subjektivität zurück. Die Theorie, welche erklärt, dass der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe ausschliesslich der inneren Sphäre angehöre,[42] geräth mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie anerkennen muss, dass der, welcher vom Ort der That abwesend ist, ein Verbrechen nicht begehen kann, und dennoch nicht umhin könnte, den Gehilfen für den Thäter zu erachten, wenn sich das Verhältniss einmal derart umkehrte, dass der im fernen Erdtheil weilende Gehilfe mit dem von ihm ertheilten Rath sein eigenes, der physische Urheber dagegen mit der von ihm verübten That

---

[42] Geib a. a. O. Bd. II S. 318. v. Buri: Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen. Köstlin: System S. 275. 278. Berner: Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen S. 207 fg.; cf. jedoch dessen Lehrbuch des deutschen Str.-R. S. 186. — Die meistens gemachte Einschränkung, dass der Gehilfe, wenn er die Haupthandlung begeht, dadurch zum Thäter wird, ist eine der Objektivität gemachte, durch das Princip nicht gebotene Concession.

[43] cf. gegen den Unterschied zwischen eigenem und fremdem Interesse. Glaser a. a. O. S. 137. 138. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 282. 283. Hälschner a. a. O. S. 96. 97.

das fremde Interesse verfolgte.[43] Der Wille des Anstifters muss sich daher bescheiden, durch die Determination eines Dritten eine Veränderung in der Objektivität zu vermitteln, während der Wille des Angestifteten darauf gerichtet ist, sie durch den eigenen verbrecherischen Eingriff herbeizuführen. Die That des Angestifteten kommt deshalb in doppelter Beziehung in Betracht; dem physischen Urheber wird sie zugerechnet, als das Produkt, welches seine Einwirkung auf die Sinnenwelt hervorgerufen hat, dem intellektuellen Urheber wird sie zugerechnet, als die Folge, deren Eintritt er durch das von ihm in Bewegung gesetzte Motiv veranlasst hat. Jener ist verantwortlich für die Consequenzen des der Objektivität, dieser für die des der Subjektivität gegebenen Impulses, soweit sie der individuellen Absicht entsprechen.

Vielleicht dürfte man sich mit der von Schütze angebahnten Theorie noch mehr befreunden, wenn man der von ihm bekämpften ein wenig näher tritt.

Erachtet man die Anstiftung als ein Mittel, ein Delikt auf intellektuellem Wege zu begehen, so ist man genöthigt, so sehr man sich auch hiergegen sträuben mag, den Angestifteten einem Werkzeug in der Hand des Angestifteten gleich zu stellen.[44] Ich kann nur Schütze beitreten, wenn er einen solchen Standpunkt einen sittlich verwerflichen und einen folgewidrigen nennt;[45] er ist sittlich verwerflich, weil der Mensch den Naturkräften gleich behandelt wird, er ist folgewidrig, weil die beiden Theile des allseitig vertheidigten Satzes:

> *Bedient sich der Anstifter eines Mittels (einer unzurechnungsfähigen Person), so ist er nicht Anstifter (sondern Thäter); ist er aber Anstifter, so bedient er sich wieder eines Mittels (einer zurechnungsfähigen Person)*

mit einander nicht vereinbar sind. Wenn hiergegen geltend

[44] Zachariae in der Lehre des Versuches Bd. II S. 35 i. f. vergleicht den Angestifteten mit „einem willenlosen Werkzeug“ oder „mit der Absendung eines tödtlichen Geschosses.“

[45] Schütze a. a. O. S. 78. 79.

gemacht wird, dass auch von dem von uns vertheidigten Standpunkt aus derjenige, welcher in Folge einer absichtlichen Täuschung eine objektive strafbare Handlung begeht, als ein Mittel behandelt wird,[46] so scheint mir dabei der Unterschied zwischen einem bewussten und nicht bewussten Willen nicht genügend gewürdigt zu sein. Wäre aber gar der Einwand begründet, so würde daraus, dass wir eine Unzuträglichkeit in dem einen Falle als unvermeidlich hinnehmen, nicht folgen, dass wir sie auch in dem andern, wo wir uns ihrer zu erwehren in der Lage sind, zu conserviren Veranlassung haben.

Aber weit wichtiger ist für uns die praktische Seite der Meinungsdifferenz. Nach der gegnerischen Ansicht wäre der Begriff der Anstiftung ein durchaus entbehrlicher. Wenn er auch damit noch nicht aus der Wissenschaft zu streichen wäre, aus dem Gesetzbuch wäre er jedenfalls auszumerzen; denn jener mag es allenfalls obliegen, den ihr eigenthümlichen modus procedendi des Thäters zu entwickeln, die Codifikation dagegen hätte sich mit der Aufzählung der Begehungsweisen eines Delikts nicht zu befassen. Diese Folgerung ist denn auch in der That gezogen worden. Binding erachtet es für keine besonders lobenswerthe Eigenthümlichkeit unseres Gesetzbuches, dass es die Anstiftung als accessorische Verbrechensform behandelt.[47] Mit Recht weist aber Herzog darauf hin, dass wir ohne positive Bestimmung nicht im Stande wären, den Anstifter zu bestrafen.[48] Die Beschreibung, welche der specielle Theil von den einzelnen Delikten giebt, ist auf ihn nicht anwendbar. Wer einen Andern durch Versprechungen zur Ableistung eines falschen Eides bewogen hat, von dem wird man wohl füglich nicht behaupten wollen, dass auf ihn die Legaldefinition des

---

[46] Hälschner a. a. O. S. 87.

[47] Binding: Grundriss zur Vorlesung über das gem. deutsche Str.-R. S. 84.

[48] Herzog: Zur Lehre von der Theilnahme in v. Holtzendorffs Strafrechtszeitung pro 1871 S. 262.

Meineides zutreffe. Weiter würde sich die Unzuträglichkeit herausstellen, dass man die Anstiftung bei denjenigen Vergehen, die den Bestimmungen über den Versuch entzogen sind, nur bestrafen könnte, wenn der Thatbestand der Vollendung vorliegt. Freilich bleibt der Ausweg offen, den Gesetzgeber dafür verantwortlich zu machen, dass er durch seine Milde die Cirkel störe — aber darüber käme man doch nicht hinweg, dass man den für straflos erklären müsste, welcher in seiner Person nicht die Merkmale vereinigt, von deren Vorhandensein die Anwendung einer Strafvorschrift abhängt. Erfordert der Thatbestand der Nothzucht zwei Individuen verschiedenen Geschlechts, der der Rechtsbeugung eine richterliche Qualifikation, so verbietet es sich von selbst, die Frau, welche zu dem einen, den Gerichtsvollzieher, welcher zu dem andern Verbrechen anstiftet, als den Thäter auszugeben, auf den die Norm gemünzt sei. In der That hat es denn auch nicht an gewichtigen Stimmen gefehlt, welche den Anstifter unter den obwaltenden Umständen als intellektuellen Gehilfen behandelt sehen wollen;[49] allein auch dieses Surrogat erweist sich als unzureichend. Auf denjenigen, welcher einen Andern zu einem Verbrechen bestimmt, ist wieder die Strafvorschrift nicht anwendbar, welche die Determination als aus dem eigenen Willen entsprungen voraussetzt.[50] Endlich würde man, wenn der Anstiftung im Gesetzbuch nicht besonders gedacht worden wäre, den s. g. freiwilligen Rücktritt des intellektuellen Urhebers nach den für den physischen Urheber gegebenen Bestimmungen zu beurtheilen haben. Nicht die Verhinderung der Begehung, sondern die der Vollendung des Verbrechens müsste man für ausreichend erachten, die verwirkte Strafe des Anstifters wieder aufzuheben. Wenn selbst diejenigen, welche den Angestifteten als ein Instrument des Anstifters

[49] Berner: Lehrbuch S. 191. Geib a. a. O. Bd. II S. 355. Köstlin: System § 99 S. 314 und § 93 S. 285, der noch weiter geht, und nicht einmal strafbare Beihilfe annimmt.

[50] Hälschner: System Bd. I § 184 S. 324. 325. Geyer a. a. O. § 25. 26 S. 379—384. Schütze a. a. O. S. 275.

behandeln, abweichende Grundsätze lehren,[51] so werden sie kurz vor Thoresschluss der Theorie untreu, der sie anhängen.

Ich würde mich daher von der herrschenden Doktrin trennen, auch wenn ich die Inkonvenienz, zwischen der Anstiftung des Thäters und der des Gehilfen unterscheiden zu müssen, mit in den Kauf nehmen müsste. Gegenwärtig bin ich aber noch nicht zu der Concession, welche Binding[52] und Hälschner[53] verlangen, bereit. Erkennt man an, dass die Unterstützung durch Rath und That nur Arten eines gemeinschaftlichen Begriffes sind, so ist man nicht berechtigt, die Beihilfe als vorhanden anzunehmen, wenn der Helfers-Helfer die eine und sie als nicht vorhanden anzunehmen, wenn er die andere Methode einschlägt — eine Auffassung, die übrigens bereits namhafte Vertreter gefunden hat.[54]

Vielleicht hätte die Ansicht von Schütze sich zeither eine weiter gehende Anerkennung verschafft, wenn nicht vereinzelt Bedenken obgewaltet hätten, damit zur Annahme eines Versuches gedrängt zu werden.[55] Ob der herrschende Standpunkt hierzu hingetrieben haben würde, mag dahin gestellt bleiben; der, welchen wir vertreten, legt uns im Gegentheil die Verpflichtung auf, dem Versuchsgebiet noch weiter das Terrain zu entreissen, das ihm die Anhänger der subjektiven Theorie in der Theilnahme überwiesen haben. Dabei hat eine unrichtige Terminologie das ihrige dazu beigetragen, die Sache zu verdunkeln. Köstlin unterscheidet nämlich die misslungene und die erfolglose Anstiftung. Unter jener haben wir sowohl den Fall, in welchem sich der Dritte nicht bestimmen lässt, als auch den, in welchem

---

[51] Berner a. a. O. S. 192. Geib a. a. O. S. 351. Köstlin a. a. O. § 101 S. 332. Hälschner a. a. O. S. 360.

[52] Binding a. a. O. S. 85.

[53] Hälschner a. a. O. (Gerichtssaal) S. 90.

[54] Geyer a. a. O. S. 388. Schütze a a. O. S. 282. Meyer: Lehrbuch S. 218.

[55] Geyer: Erörterungen S. 104.

er bereits determinirt war (den s. g. alias facturus und den omni modo facturus), unter diesem dagegen einerseits den Fall, in welchem der Dritte zur Begehung eines Verbrechens schreitet, von der Vollendung aber Abstand nimmt, andererseits den, in welchem er zwar den Entschluss fasst, hinterdrein jedoch spontan ihn aufgiebt, zu verstehen.[56] Mir scheint die ganze Distinktion haltlos zu sein. Ein Beweggrund, der nicht bewegt, ist kein Beweggrund. Demgemäss muss erst von dem Angestifteten eine strafbare That, sie enthalte ein vollendetes oder ein unvollständiges Delikt, begangen sein, damit der Veranlassungszusammenhang, der die Verantwortlichkeit des Anstifters begründet, zur Entstehung gelange. Insofern steht sich der, welcher sich selbst bestimmt hat oder bereits von einem Dritten determinirt ist, dem gleich, der nicht zur Ausführung schreitet, sei es, dass er jeder Versuchung von vornherein unzugänglich ist, sei es, dass er den gefassten Entschluss wieder aufgiebt. Auf die Meinungsdifferenz zwischen Berner[57] und v. Bar,[58] ob die Selbstbestimmung erst mit der Impellation der Aussenwelt oder schon in einem früheren Moment eintrete, kommt es dabei nicht an. Die Unterscheidung, welche Köstlin macht, enthält mithin einen logischen Widerspruch: eine Anstiftung, der keine strafbare That folgt, ist keine Anstiftung; eine Anstiftung dagegen, die einen Veranlassungszusammenhang zur Erscheinung bringt, weisst das Prädikat „erfolglos“ als ihr widerstrebend, das Prädikat „gelungen“ als überflüssig zurück. Die meisten anderen Schriftsteller haben ein einfacheres System; sie stellen der gelungenen Anstiftung die misslungene gegenüber.[59] Dass sie damit

[56] Köstlin a. a. O. § 100 S. 320. 321.

[57] Berner: Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen S. 102 bis 104.

[58] v. Bar: Die Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen S. 59.

[59] v. Wächter in der Allgem. Ger.-Zeitung für Sachsen pro 1876 S. 3—6. Hälschner: System Bd. I S. 358—360. Geyer a. a. O. § 11 S. 344—345. Seeger: Ausbildung der Lehre des Versuches pp. S. 41 u. a. m.

zwei Arten schaffen, die unter kein gemeinschaftliches genus fallen, ist ihnen dabei freilich entgangen.

Die unrichtige Terminologie hat aber nach zwei Richtungen hin ihren schädlichen Einfluss ausgeübt; in der Lehre vom Rücktritt hat sie Verwirrung angerichtet, in der Controverse über den Versuch der Anstiftung die richtige Fragestellung verhindert.

Wäre man nämlich nicht durch die Unterscheidung von zwei Kategorieen der Anstiftung irritirt worden, so würde man sich gesagt haben, dass der, welcher verhindert, dass seine Einwirkung zum Motiv werde, dem Strafgesetz noch nicht verfallen sei. Wer einen Anderen zum Mord bewegt, aber die Begehung des Verbrechens hintertreibt, hat keine Folge ins Leben gerufen, die er zu verantworten hätte. Erst in der strafbaren That zeigt sich der Beweggrund wirksam: eine Anstiftung zu einem Verbrechen, das nicht begangen worden ist, ist keine Anstiftung. Nichts destoweniger übertrug die Theorie die Grundsätze, welche sie beim Rücktritt des physischen Urhebers statuirte, auf den des intellektuellen Urhebers.[60] Sie verhiess damit Straffreiheit dem, dessen Strafbarkeit sie in Abrede stellte.[61] Damit fallen zugleich alle Unterscheidungen über die Art des Rücktritts als gegenstandslos hinweg. Ob der Anstifter seinen Auftrag zu widerrufen oder die Ortsbehörde um ihre Intervention anzugehen, ob er Motiv durch Gegenmotiv zu paralysiren oder physisch entgegenzuwirken hat — dies Alles hat für uns kein Interesse. Wir verlangen nur, dass er sich einer Anstiftung nicht schuldig macht; alles Uebrige überlassen wir seiner Sorge.

---

[60] Schwarze: Commentar S. 163. 164. Geyer a. a. O. § 22 S. 372 bis 374. Berner: Theilnahme S. 303. 304 u. a. m.

[61] Selbstverständlich spreche ich hier nur von den Schriftstellern, welche principiell oder dem positiven Rechte nach einen Versuch der Anstiftung nicht statuiren und insoweit anerkennen, dass das Wesen der Anstiftung eine strafbare That Seitens des Angestifteten voraussetzt.

Würde man sich weiter gegenwärtig gehalten haben, dass die misslungene Anstiftung keine Anstiftung ist, so würde man wohl die Frage, ob in ihr ein Versuch zu finden sei, als in der gestellten Form ungeeignet von der Discussion zurückgewiesen haben. Wir glauben daher zur Klärung der Situation beizutragen, wenn wir die Controverse dahin formuliren:

Fallen die fruchtlosen Bemühungen, einen Anderen zu einer strafbaren That zu bewegen — (das anstiften Wollen) — unter den Begriff des Versuches?

Die Antwort hierauf ist bekanntlich verschieden ausgefallen. Wenn ich auch den Standpunkt derer theile, welche sie verneinen, so vermag ich mich doch den dafür erbrachten Gründen nicht anzuschliessen. Denn diejenigen, welche den Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung auf die Anstiftung übertragen[62], machen damit ihren Gegnern ein Zugeständniss, das ich nicht über mich zu gewinnen vermag. Der Versuchsbegriff wird für anwendbar erklärt, und nur die Straflosigkeit der „erfolglosen" Anstiftung vertheidigt. Dadurch begiebt man sich in das Dilemma, das wir bereits bei der Thäterschaft hevorgehoben haben. von Neuem. Für den Begriff wird damit die Gleichartigkeit der Anstiftung mit den Bemühungen zur Anstiftung zugegeben und für die Strafbarkeit wird sie wieder in Abrede gestellt. Die objektive Theorie ist daher auch in dieser Controverse mit ihrer Ansicht nicht durchgedrungen. Wurde von ihr geltend gemacht, dass die Straflosigkeit der nuda cogitatio ein Analogon für die Straflosigkeit der erfolglosen Einwirkung auf die Entschliessung eines Anderen biete,[63] so konnte ihr der Einwand, dass es an einem tertium comparationis fehle, nicht

---

[62] Berner: Gutachten in den Verhandlungen des deutschen Juristentages pro 1876 S. 117—120. Geyer a. a. O. S. 344. Schütze a. a. O. S. 272, insofern er von einer Vorbereitung zur Theilnahme spricht. cf. auch v. Bar a. a. O. S. 44. 45.

[63] Geyer a. a. O. S. 344.

erspart bleiben.[64] Der nicht bethätigte und bereits objektivirte Wille entziehen sich jeder Vergleichung. Wurde hervorgehoben, dass noch kein realer Anfang der Ausführung vorliege,[65] so war die Entgegnung nicht zu vermeiden, dass das Stadium der Vorbereitung bereits überschritten sei.[66] Wer sich Werkzeuge zur That anschaffe, habe die Herrschaft über die Aussenwelt noch nicht verloren, wer dagegen ein Motiv in einem Anderen errege, habe sie mehr oder minder definitiv aus den Händen gegeben. Aber noch weit weniger kann ich mich den Deduktionen anschliessen, durch die v. Stemann seine Sache vertritt.[67] Bald wird von ihm auseinandergesetzt, dass Versuch und Theilnahme contradiktorischer Natur seien,[68] bald wird wieder zu dem Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung zurückgegriffen.[69] An der einen Stelle wird der Conception von Entschlüssen jede Bedeutung abgesprochen,[70] an der anderen wird ihr wieder die Kraft zugeschrieben, einen Wunsch in das Wollen zu verwandeln.[71]

Der entscheidende Grund, weshalb die Anstiftung einen Versuch zurückweist, liegt vielmehr meiner Ansicht nach einzig und allein darin, dass ihr die potentielle Causalität abgeht; denn für die Veranlassung bildet die Realität, für die Causalität die Abstraktion die Grundlage. Darum bleibt hier die Handlung in ihrem Charakter unberührt, es mag die Folge eintreten oder ausbleiben;[72] dort dagegen übt die konkrete Wirksamkeit einen derartigen Einfluss auf sie aus, dass sie erst damit zum Motive wird. Aus gleichem

---

[64] Ortmann: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen in Goltdammers Arch. pro 1874 S. 388, wenngleich er hierbei nur die Beihilfe vor Augen hat.

[65] Berner: Theilnahme S. 293.

[66] v. Wächter a. a. O. S. 2.

[67] v. Stemann: Ueber das Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens pp. im Gerichtssaal pro 1876 S. 267 fg.

[68] a. a. O. S. 270.

[69] a. a. O. S. 268.

[70] a. a. O. S. 271.

[71] a. a. O. S. 268.

[72] S. oben S. 358. 359.

Grunde hat die Individualität für den Begriff des Versuches kein Interesse, für den der Anstiftung ist sie von durchgreifender Bedeutung. Eine unbestimmte Menschenmenge kann zwar ein Objekt der Tödtung, nicht aber ein Objekt fremder Determination bilden.[73] Ein Mordversuch gegen einen Unbekannten ist denkbar, ein Versuch, einen Unbekannten anzustiften, undenkbar. Wer auf der Strasse sich an einen Fremden mit der Bitte wenden wollte, für ihn einen Meineid zu leisten, wäre vor einer Untersuchung seines Gemüthszustandes nicht sicher. Nur in physischer Beziehung ist der Mensch der Anlegung eines abstrakten Maassstabes zugänglich, in psychischer Beziehung will er individuell behandelt sein.

Es war daher nach meinem Dafürhalten eine rein äussere Auffassung des Wesens der Anstiftung, wenn bei Gelegenheit der Berathung der Novelle im Deutschen Parlament von hervorragenden Mitgliedern die Ansicht ausgesprochen wurde, dass zwischen der Handlungsweise desjenigen, welcher einen Anderen zum Verbrechen bestimmt, und demjenigen, dessen Ansinnen zurückgewiesen wird, kein Unterschied erfindlich sei; der Eine habe ebenso wie der Andere von seiner Seite Alles gethan, was zur Herbeiführung der Rechtsverletzung erforderlich gewesen.[74]

Man wird freilich nicht mit v. Buri hiergegen einwenden wollen, dass das Argument deshalb fehlgreife, weil der Anstifter in eigener Person das Verbrechen hätte begehen müssen, um es von seiner Seite an nichts zur Verwirklichung seiner Absicht fehlen zu lassen,[75] wohl aber wird man hiergegen erinnern dürfen, dass, wenn irgendwo, hier der Satz zutrifft: Si duo faciunt idem, non est idem. Das psychologische Moment wird nicht gewürdigt, wenn die s. g. misslungene Anstiftung mit der s. g. gelungenen Anstiftung

---

[73] Geyer: Erörterungen S. 107. Oppenhoff a. a. O. Note 7 zu § 48.

[74] cf. hierüber Berner a. a. O. (Gutachten pp.) S. 113—116.

[75] v. Buri in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 282.

auch nur verglichen wird. Wer die Leidenschaften eines Anderen derart richtig berechnet, dass er die Saite berührt, die seiner Verführung nicht Widerstand leistet, von dem sollte ich meinen, dass er mit demjenigen, welcher die Natur des Mittels verkennt, zu dem er greift, nicht principiell auf gleiche Linie zu stellen ist. Mit Recht hat daher Berner gegen eine Auffassung, welche den bethätigten Willen, anzustiften mit dem beendigten Versuch in Relation brachte, seine gewichtige Stimme erhoben.

Sind aber die Begriffe Veranlassung und Causalität contradiktorischer Natur, so verbietet es sich von selbst, die Grundsätze des Versuches, der mit dem letzteren steht und fällt, auf den ersteren zu übertragen. Man braucht sich nur an beliebigen selbst gewählten Beispielen zu vergegenwärtigen, welche Consequenzen eine Strafbestimmung des Inhaltes:

> *Jede Bemühung, einen Anderen zu einer strafbaren That zu verleiten, ist, wenn sie erfolglos bleibt, als Versuch des Verbrechens, zu welchem angestiftet werden sollte, oder — um auch dem anderen Standpunkt Rechnung zu tragen — als Versuch der Anstiftung in Gemässheit der Bestimmung des § 44 zu bestrafen,*

hervorrufen müsste — und die Probe für die Unzulänglichkeit, die Anstiftung unter den Versuchsbegriff zu subsumiren, ist gemacht.

Nur, um nicht über eine Meinung, der wir nicht näher getreten sind, ein absprechendes Urtheil zu fällen, wollen wir uns auch der Prüfung der gegnerischen Argumente unterziehen.

Köstlin, welcher die misslungene Anstiftung als nicht beendigten, die erfolglose Anstiftung als Versuch mit untauglichen Mitteln behandelt sehen will,[76] ist dadurch in die

---

[76] Köstlin: System S. 320. 321. 306 und Anmerk. 7 S. 306. Derselbe: Neue Revision S. 542. 543. Nur wenn der „Angestiftete" undeterminirbar ist, nimmt K. bei der misslungenen Anstiftung gleichfalls Versuch mit untauglichen Mitteln an.

Widersprüche hineingerathen, die ihm bereits v. Bar nachgewiesen hat.[77] Ich will deshalb hierauf nicht zurückkommen. Ebensowenig will ich den bereits von Hälschner erhobenen Einwand, dass er zwischen der Annahme eines Versuches der Anstiftung und der des Verbrechens, zu welchem angestiftet werden sollte, schwankt, wiederholen.[78] Endlich gehe ich auch über die Uebertragung des schon an sich inhaltlosen Unterschiedes zwischen tauglichen und untauglichen Mitteln auf mit Vernunft begabte Wesen hinweg. Schwerer wiegt in meinen Augen der Umstand, dass die Absicht, als deren „unangemessene Erscheinung" Köstlin die Thatseite des Versuches bezeichnet, nunmehr einen dritten Begriff voraussetzt. Bei der Thäterschaft ist sie, wie wir bereits gezeigt haben, bald darauf gerichtet, ein Verbrechen zu begehen, bald darauf, es zur Vollendung zu bringen, und in der Anstiftung endlich darauf, dass ein Delikt von einem Anderen verübt werde. Wohin aber ein Versuch, der kein Maass, und eine Causalität, die keine Grenzen kennt, führt, hat Köstlin selbst gelehrt. Nach ihm sollen nämlich — und ich begnüge mich, die Thatsache für sich allein sprechen zu lassen — die Mitglieder einer Bande mit der Versuchsstrafe aller von ihnen nicht begangenen Verbrechen belegt, die Strafen selbst aber nach einer von ihm aufgemachten Durchschnittsberechnung normirt werden. Vorsorglich fügt er hinzu, dass dabei die schwerere Verschuldung des Anstifters nicht vergessen werden dürfe.[79]

v. Wächter identificirt die misslungene Anstiftung mit dem Anfang der Ausführung des Verbrechens.[80] Wenn er seine Behauptung dadurch abschwächt, dass er von einem subjektiven Anfang spricht,[81] so möchte ich glauben, dass er sie damit vollständig preisgiebt. Ein Anfang, der nicht in

[77] v. Bar a. a. O. S. 47—50.

[78] Hälschner a. a. O. S. 360.

[79] Köstlin: System § 110 S. 358.

[80] v. Wächter a. a. O. S. 1—6.

[81] a. a. O. S. 2 verbis: „Für ihn (den Anstifter) ist die Anstiftungshandlung ein Anfang der Ausführung."

Wirklichkeit existirt, ist eben kein Anfang. Wäre aber die „misslungene Anstiftung“ Versuch, so wäre die „gelungene“ das vollendete Verbrechen. Insoweit stimme ich mit Berner überein,[82] und nur darin trenne ich mich von ihm, dass ich daraus nicht die Folge ziehe, dass nach der von v. Wächter vertretenen Ansicht die Determination, welche in der Objektivität nicht den entsprechenden Ausdruck findet, als delictum consummatum aufzufassen wäre, vielmehr mich auf den Schluss beschränke, dass das von Seiten des Angestifteten verübte unvollständige Delikt dem Anstifter gegenüber als ein vollendetes Delikt fingirt werden müsste; erst in der strafbaren That zeigt sich das Motiv wirksam und deshalb möchte ich erst mit ihr, um mich dem herrschenden Sprachgebrauch anzuschliessen, die Anstiftung „gelungen“ nennen. Damit hätten sich aber beide Parteien gegenseitig überwunden. Die subjektive Theorie hat den Beweis geführt, dass die Anstiftung keine Vorbereitung, die objektive Theorie, dass sie keine Ausführung des beabsichtigten Verbrechens ist. Der Friede wäre daher nur in der Weise zu schliessen, dass der Begriff der intellektuellen Urheberschaft dort wie hier aufgegeben, und die Anstiftung als eigenartige Deliktsform anerkannt wird.

Hälschner, der dem Resultate nach mit v. Wächter übereinstimmt,[83] sieht sich durch seinen abweichenden Versuchsbegriff zu einer abweichenden Begründung genöthigt, indem er erklärt, dass das beabsichtigte Verbrechen durch die „misslungene Anstiftung“ zur objektiven, erkennbaren Darstellung gelange.[84] Wenn er aber, wie wir bereits gesehen haben, von demjenigen, welcher in ein fremdes Haus einsteigt, um zu stehlen, behauptet, dass damit die verbrecherische Absicht nicht zu dem realen Ausdruck gekommen sei, den sein Versuchsbegriff erheische,[85] so meine ich,

---

82 Berner a. a. O. (Verhandlungen des deutschen Juristentages) S. 117. 118.

83 Hälschner a. a. O. S. 360.

84 cf. hiergegen auch v. Stemann a. a. O. S. 267. 277.

85 S. oben S. 302.

dass dies noch weit weniger der Fall ist bei demjenigen, der den Ort der That noch gar nicht betreten hat. Die Anstiftung unter den Versuchsbegriff zu zwängen, dürfte mithin auch ihm nicht gelungen sein.

Ebensowenig ist dies bei v. Buri der Fall; die Begründung, die er für die Richtigkeit seiner Ansicht vorträgt, beruht auf den beiden Sätzen, die wir bereits in einem anderen Zusammenhang besprochen haben: Das vollendete Verbrechen hat einen objektiven Thatbestand, das unvollständige Verbrechen hat keinen objektiven Thatbestand; jede Handlung ist causal, wenn sie die Consummation zur Folge hat, sie ist nicht causal, wenn die entgegengesetzte Voraussetzung zutrifft.[86] Wir würden deshalb auf ihn nicht nochmals zurückgekommen sein, würden nicht seine Ausführungen zur Geltendmachung eines neuen Gesichtspunktes gegen die gegnerische Theorie uns Veranlassung bieten. Wer nämlich bei irgend einem Delikt die Möglichkeit einer Anstiftung zugiebt, die eines „Versuches" dagegen in Abrede stellt, geräth von dem von uns bekämpften Standpunkt aus in den Widerspruch, dass er denn doch hinterdrein einen Versuch anerkennen müsste, sobald die Bemühungen, einen Dritten zur Verübung des in Rede stehenden Verbrechens anzustiften, fehlschlagen. v. Buri, welcher den „Versuch" einer Beleidigung für undenkbar erklärt,[87] könnte mithin die Consequenz nicht von sich ablehnen, die „erfolglose Anstiftung" als einen „Versuch der Injurie" zu erachten. Statt nun aber den Widerspruch einzuräumen oder die Prämissen, die ihn bedingen, aufzugeben, hält er die Deduktion deshalb für hinfällig, weil die Anstiftung zu einer Beleidigung diese selbst mit Nothwendigkeit enthalte.[88] Wird indess ein Beweis durch eine Behauptung erbracht, so ist der Gegenbeweis durch das Bestreiten geführt.

Noch weiter ist Ortmann[89] gegangen, der geglaubt hat,

---

[86] v. Buri in Goltdammers Arch. pro 1877 S. 281.

[87] v. Buri im Gerichtssaal pro 1876 S. 184.

[88] a. a. O. (Goltdammers Arch.) S. 284.

[89] Ortmann: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Theilnahme der Verbrechen in Goltdammers Arch. pro 1874 S. 385 fg.

seiner Sache am besten zu dienen, wenn er ihr auch den praktischen Nachdruck gäbe. Nach seiner Ansicht soll nämlich nicht blos theoretisch zwischen demjenigen, der auf einen Undeterminirbaren, und dem, welcher auf einen bereits Determinirten einwirkt, ein derartig durchgreifender Unterschied obwalten, dass in jenem Falle eine straflose Vorbereitungs-, in diesem eine strafbare Ausführungshandlung anzunehmen wäre, sondern er tritt noch überdies Beweis dafür an, dass seine Distinktion in unserem Gesetzbuch Billigung gefunden habe. Allein nach der einen wie nach der anderen Richtung hin haben wir es mit haltlosen Behauptungen zu thun.

Durch die Natur der Sache findet er seine Meinung getragen, weil der subjektive Standpunkt der einzig richtige sei.[90] Wir wollen hierüber mit dem Verfasser nicht rechten; nur darauf möchten wir ihn aufmerksam machen, dass, wenn er sich auf Hälschner beruft, der hervorhebt, dass die Eigenthümlichkeit der Beihilfe darin bestehe, dass sie die verbrecherische Absicht nie aus sich heraus producire,[91] er mit sich selbst in Widerspruch tritt, wenn er den Anstifter des alias oder des omni modo facturus als den Urheber eines Delikts, mithin als die Person behandelt, in deren Willen die That ihren Ursprung nimmt.

Im positiven Recht dagegen sieht er seine Ansicht bestätigt, weil die „erfolglose Anstiftung“, da sie nicht als Vorbereitungshandlung erachtet werden könne, unter den Begriff der Ausführungshandlung falle.[92] Abgesehen von dem Fehlschluss, der darin liegt, dass er mit der Möglichkeit, dass weder die eine noch die andere Alternative zutrifft, nicht rechnet, verneint er damit die Frage, ob die Anstiftung eine besondere Deliktsform bilde, während er wieder an einer anderen Stelle auseinandersetzt, dass das Gesetzbuch von der gegentheiligen Auffassung ausgegangen sei.[93]

[90] a. a. O. S. 387.

[91] Hälschner a. a. O. Bd. I S. 324. 325.

[92] a. a. O. S. 385. 386.

[93] a. a. O. S. 386, worin hervorgehoben wird, dass § 48 den accessorischen Charakter der Anstiftung sanktionirt hat.

Den Nachweis aber, dass doktrinell zwischen dem alias und omni modo facturus einer- und dem Undeterminirbaren andererseits unterschieden werden müsse, finde ich nicht erbracht, den, dass dies der lex lata gegenüber unstatthaft sei, überzeugend geführt. Denn, wie Ortmann ganz zutreffend bemerkt, ist nach der Fassung des § 48 und den Motiven kein Zweifel darüber am Platze, dass die Anstiftung, um der Pönalsanktion zu unterliegen, eine strafbare That zur Folge haben müsse.[94] Dass damit das Gesetz einen Zusammenhang zwischen Motiv und Rechtsverletzung erheischt, dürfte wohl auch ohne jede weitere Auseinandersetzung von selbst einleuchten. Ortmann deducirt aber, dass die Bemühungen des Anstifters nur dann als „erfolglos" zu bezeichnen wären, wenn ein Verbrechen nicht begangen werde. Dies treffe bei demjenigen zu, der allen Ränken der Verführung widerstehe; anders läge jedoch die Sache bei demjenigen, welcher, wenn auch nicht in Folge der Einwirkung des Anstifters, so doch kraft eigenen Entschlusses oder von einem Dritten anderweitig bestimmt, ein Delikt begehe. Hier fehle es nur an dem Zusammenhang zwischen der Anstiftung und der vom Angestifteten verübten strafbaren That.[95] Mit dem gleichen Recht hätte er aber auch deduciren können, dass derjenige, welcher sich eines délit manqué schuldig gemacht hat, wegen Mordes zu bestrafen sei, wenn die von der Kugel nicht verletzte Person an Altersschwäche sterbe. Denn der Tod sei „erfolgt," und nur der Causalnexus fehle. Um es kurz zu machen: Die Deduktionen Ortmanns laufen darauf hinaus, dass die Praxis, unbeirrt durch die abweichende — der Sache entsprechende — Auslegung von Oppenhoff und von Schwarze in Zukunft zwischen einem Zusammenhang, der nicht existirt, und einem Zusammenhang, der kein Zusammenhang ist, zu distinguiren habe.[96]

---

[94] a. a. O. S. 387 i. f. S. 388.

[95] a. a. O. S. 388.

[96] Dieselbe Unterscheidung überträgt Ortmann auch auf die Beihilfe S. 389. 390.

Ziehen wir aus dem, was wir vom gegnerischen Standpunkt kennen gelernt haben, das Facit, so möchten wir daraus eher entnehmen, dass die „intellektuelle Urheberschaft“ nicht durchführbar ist, als den Beweis der Möglichkeit eines Versuches der Anstiftung für erbracht erachten. Jedenfalls finden wir weder in dem einen noch in dem anderen Theile unsere divergirende Ansicht durch die vorgetragenen Argumente erschüttert. Selbstverständlich sprechen wir damit dem Staat nicht die Berechtigung ab, Handlungen, die man unter den Begriff der „misslungenen Anstiftung“ gezogen hat, als s. g. delicta sui generis zu bestrafen.[97] Dagegen verbietet es sich von unserem Standpunkt aus von selbst, die gesetzlichen Bestimmungen, in denen die Bemühungen, auf die Entschliessung eines Anderen einzuwirken, einen selbständigen Thatbestand abgeben, unter den Begriff der Anstiftung oder unter den des Versuches zu subsumiren.[98] Wir treten da-

---

[97] Insoweit erledigen sich die Einwendungen derer, welche bei unserem Standpunkt die Rechtssicherheit für bedroht erachten. cf. v. Wächter a. a. O. S. 2 und 3. — v. Buri a. a. O. S. 281. Nur möchten wir darauf hinweisen, dass uns mit der Heranziehung von singulären Fällen nicht gedient ist. Unschwer würde es sein, durch andere Beispiele im entgegengesetzten Sinne auf das Gefühl einzuwirken. — Wir können nicht einmal das Befremden derer theilen, welche es ungerechtfertigt finden, dass unser Gesetzbuch die unternommene Verleitung zum Meineid vorhergesehen, die zum Morde hingegen übergangen hat. — Geyer in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 348. John: Entwurf S. 375 fg. — Die Ausnahmenatur des Meineides, von der die Motive vom Juli 1869 S. 146 sprechen, liegt nach unserem Dafürhalten darin, dass der Verbrecher sich hier unter gesetzlichem Schutz befindet, weder persönlichen Muth zu entwickeln, noch physische Hindernisse zu überwinden hat. Damit ist zugleich die Furcht vor einer Entdeckung geringer, die in dem Maasse abnimmt, je weniger Spuren vorhanden sind, die auf eine strafbare That hinweisen. Die Motive, welche sonst einer etwaigen Verführung entgegenwirken, sind mithin beim Meineid minder beträchtlich, und ich vermag daher nicht den Gesetzgeber einer Irrationalität zu zeihen, wenn er auf Paralysation des Deficits Bedacht nimmt.

[98] Der Duchesne-Paragraph hätte daher im speciellen Theil eine angemessenere Stellung gefunden.

her der preussischen Praxis vollständig bei, wenn sie denjenigen, welcher einem Anderen zum Meineid angestiftet hat, für unfähig erklärt, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden,[99] die Vorschrift des § 161 Abs. 1 aber für unanwendbar erachtet, wenn eine Verurtheilung wegen unternommener Verleitung zum Meineid erfolgt.[100]

Noch weit weniger können wir uns damit einverstanden erklären, dass man strafbare Verbindungen und Verabredungen als „versuchte intellektuelle Urheberschaft“ behandelt.[101] Das Complott ist weder ein Versuch der ganzen Serie von Verbrechen, die auf dem Programm stehen und noch nicht geboren sind, noch setzt es eine gegenseitige Determination mit Nothwendigkeit voraus. Wir haben es daher auch hier mit Delikten zu thun, deren selbständige Natur lange genug verkannt worden ist. Rückhaltlos schliessen wir uns den Rechtslehrern an, welche jede Complotts-Theorie als unhaltbar und unheilvoll verwerfen.[102] Die Zeiten, in denen der Staub, den die Italiener auch hier aufgewirbelt haben,[103] von der Doktrin, der nur allzubereit einzelne Partikulargesetzgebungen Deutschlands gefolgt sind,[104] als goldener Regen aufgefangen worden ist, sind nach unserem Dafürhalten für immer vorüber.

Damit hätten wir unsere Ansicht, warum wir einen Versuch der Anstiftung leugnen, begründet. Die Beantwortung der Frage dagegen, ob dieselbe dem Begriff des unvollendeten Verbrechens zugänglich ist, ist für uns mit geringeren Schwierigkeiten verbunden. Je nachdem das Motiv

---

[99] Oppenhoff a. a. O. Note 2 zu § 161. Rüdorff a. a. O. Note 5 zu § 159.

[100] Erk. des Ob.-Trib. vom 4. September 1874 in Oppenhoff's Rechtsp. Bd. XV S. 527. 528.

[101] cf. über die verschiedenen Ansichten. Geib a. a. O. Bd. II S. 362—364.

[102] cf. hierüber Schütze a. a. O. S. 216—221.

[103] Schütze a. a. O. S. 207. Köstlin: System S. 340. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 386. 387.

[104] Braunschweig § 37. — Thüringen Art. 28. — Sachsen Art. 58. — Baden § 128. — Hessen-Darmstadt Art. 76.

sich wirksam erweist oder zu einer strafbaren That nicht forttreibt, nehmen wir Anstiftung als vorhanden oder als nicht vorhanden an. Der faktische Gegensatz zwischen Anfang und Vollendung entschwindet — und damit treten wir Zachariae von Neuem entgegen — wenn der Thatbestand eine Folge voraussetzt. Wo es sich um Sein und Nichtsein handelt, ist der Unterschied zwischen einer mehr oder minder fortgeschrittenen Thätigkeit und damit zugleich auch das unvollendete Delikt ausgeschlossen.

Was nunmehr die Beihilfe anlangt, so ist ihre Identificirung mit dem Versuch des Verbrechens, das der Thäter verübt, in der Wissenschaft so sporadisch hervorgetreten, dass wir glauben, hierauf nicht weiter eingehen zu dürfen. Man würde aber irren, wenn man annehmen wollte, dass damit die Difformität anerkannt wäre. Nur ein wenig verschleierter bricht sich die Meinung durch: an die Stelle der Identität ist die Analogie getreten. Wir sind jedoch nicht im Stande, auch nur eine entfernte Aehnlichkeit zu entdecken.

Hälschner, der, wenn wir nicht irren, zuerst die Analogie zwischen Versuch und Beihilfe gelehrt hat, sieht die Gleichheit darin, dass dort wie hier irgend ein zum Thatbestand des vollendeten Deliktes erforderliches Moment mangele, und dass dort wie hier die Absicht „ursächlich“ auf die Consummation des Verbrechens gerichtet sei.[105] Weder in objektiver noch in subjektiver Beziehung trifft die Parallele zu. In objektiver Beziehung trifft sie nicht zu, weil Vollendung und Versuch, nicht aber Vollendung und Beihilfe einander ausschliessen. In subjektiver Beziehung trifft sie nicht zu, weil die Absicht, dass eine Veränderung in der Sinnenwelt aus der eigenen That hervorgehe, von der, dass sie aus einer fremden That entspringe, specifisch verschieden ist.

Noch weit weniger dürfte es vom Standpunkt der Motive unseres Gesetzbuches gerechtfertigt sein, von einem „passenden Analogon“ zwischen Versuch und Beihilfe zu sprechen.[106] Der dabei betonte Umstand, dass das Strafmaass für beide

[105] a. a. O. S. 324.

[106] Motive des Entw. II zu § 46.

Deliktsarten gleich normirt ist, wird durch die Thatsache aufgewogen, dass das Gebiet des Versuches enger begrenzt worden ist als das der Beihilfe. Schütze ist daher im Recht, wenn er die innere Verschiedenheit in den Vordergrund stellend, hiergegen erinnert hat, dass es an jedem tertium comparationis fehle.[107] Herzog will dies zwar nicht anerkennen, ich halte aber seine Opposition für unbegründet.

„*Das vollendete Verbrechen — so deducirt er nämlich wörtlich — ist das seiner äusseren Erscheinung nach vollkommene Verbrechen, welches um deswillen auch die volle gesetzliche Strafe trifft. Das versuchte Verbrechen ist das objektiv unvollkommene Verbrechen, welches nach Maassgabe des § 44 eben um seiner Unfertigkeit willen milder bestraft werden soll, als die fertige Strafthat. In ganz ähnlicher Weise stellt sich nach der subjektiven Seite hin die Thäterschaft oder Mitthäterschaft im § 47 als der vollkommene oder, wie wir es nannten, Normalreatus dar, wohingegen Anstiftung und Beihilfe, ein jedes in seiner Art, als unvollkommener Reatus erscheinen. Scheidet man nun die Anstiftung hier gänzlich aus, weil dieselbe überhaupt bei der Ausführung der strafbaren Handlung nicht weiter in Betracht kommt, so ergiebt sich unseres Bedünkens allerdings eine unverkennbare Analogie zwischen dem unvollkommenen Verbrechen — dem Verbrechensversuche — und der unvollkommenen Mitthäterschaft — der Beihilfe. Diese Analogie, welche übrigens z. B. auch darin einen gewissen äusseren Ausdruck findet, dass wie der Versuch von Uebertretungen, so auch die Beihilfe zu solchen straflos bleibt, ist aber auch für die Strafzumessung von praktischem Werth. Wie der Versuch um so strafbarer wird, je mehr er sich dem vollendeten Verbrechen nähert und umgekehrt, so steigt und fällt die Strafbarkeit der Beihilfe, je näher sie ihrer conkreten Gestalt und Bedeutung nach an die wirkliche Mitthäterschaft heranrückt, oder je weiter sie*

[107] Schütze: Deutsches Strafrecht S. 160 Note 17.

sich von der letzteren entfernt, und der Richter wird bei Festsetzung der Gehilfenstrafe gerade diesen Gesichtspunkt mit besserem Erfolge verwerthen können, als wenn er hier z. B. nach den Rücksichten auf Thatantheil, Eigenschuld und Mitschuld abwägen wollte. Das von Schütze vermisste tertium comparationis zwischen Versuch und Beihilfe wird also in ihrem gleichartigen inneren Verhältnisse zum vollendeten Verbrechen resp. zur wahren Mitthäterschaft, freilich aber nicht in irgend welcher äusseren Aehnlichkeit zwischen Versuchs- und Beihilfehandlungen erblickt werden dürfen.[108]

Herzog will damit dem Gedanken Ausdruck geben, dass weder der Versuch noch die Beihilfe unter die Strafvorschriften fallen, welche für die Thäterschaft aufgestellt sind.[109] Damit wird jedoch nur die Charakterverschiedenheit zwischen beiden Begriffen, die er vergleicht, einer- und der Thäterschaft andererseits dargethan, nicht aber die Analogie, welche zwischen beiden obwalten soll, nachgewiesen. Das tertium comparationis in subjektiver und objektiver Beziehung, woraus Herzog die „innere Berechtigung" entnimmt, Schütze anzugreifen,[110] wäre danach in dem rein äusseren Umstand zu finden, dass Versuch und Beihilfe in dem allgemeinen, die Thäterschaft im speciellen Theile abgehandelt wird. Herzog hätte überdies noch einen Schritt weiter gehen müssen. Da er nämlich erklärt, dass das versuchte und das vollendete Verbrechen, wenn auch in ihrer Strafbarkeit verschieden, so doch ihrem Wesen nach identisch sind,[111] so würde er nicht umhin können, die Analogie auch auf das Verhältniss der Beihilfe zum Thatbestand der Vollendung auszudehnen. Damit würde er aber mit sich in Widerspruch treten, da er jede Parallele zwischen dem „vollkommenen" und dem „unvollkommenen Reatus"

---

108 Herzog: Zur Lehre von der Theilnahme in v. Holtzendorff's Strafrechtszeitung pro 1871 S. 263. 264.

109 a. a. a. S. 261. 262.

110 a. a. O. S. 263.

111 a. a. O. S. 261 i. f.

zurückweist. Noch weit weniger sind die übrigen Deduktionen geeignet, die Ansicht von Herzog zu stützen; weit entfernt, die von ihm vertheidigte Gleichheit nachzuweisen, sprechen sie vielmehr gegen ihn. Denn wenn er betont, dass die relative Strafbarkeit der Beihilfe mit der des Versuchs correspondire, so übersieht er, dass die Wege auseinander gehen, sobald der Versuch in die Vollendung umschlägt, während die Beihilfe eine gleiche Metamorphose nicht durchmacht. Nicht minder hebt er nur die eine Seite hervor, wenn er darauf hinweist, dass die Uebertretungen von dem einen und anderen Begriff eximirt sind, die andere, dass die Vergehen einer Strafe wegen Versuchs principiell entzogen, der wegen Beihilfe ausnahmslos unterstellt sind, lässt er dabei unerwogen.

Ich sehe daher eine Gemeinschaft zwischen Versuch und Beihilfe für nicht erwiesen an, behaupte vielmehr, dass sie nicht erweisbar ist. Denn der eine Begriff ist von dem anderen in seiner Struktur derart verschieden, dass jede Analogie als verwirrend abgewehrt werden muss. Bei den Verbrechen nämlich, in denen wir den Versuch für ausgeschlossen erachten, macht sich die objektive Differenz dadurch bemerklich, dass derjenige, welcher ein unvollendetes Delikt begeht, damit die Merkmale zur Entstehung bringt, welche, je nachdem ein einfacher oder zusammengesetzter Begriff in Frage steht, die Voraussetzung für die ordentliche beziehungsweise ausserordentliche Strafe bilden, während der, welcher Beistand leistet, weder die für die totale noch die für die partielle Rechtsverletzung erlassene Norm überschreitet. Bei den Verbrechen dagegen, welche dem Versuchsbegriff unbedingt oder bedingt zugänglich sind, unterscheidet sich derjenige, welcher seine Absicht nicht verwirklicht, von dem Gehilfen dadurch, dass jener die potentielle Causalität entfesselt, dieser eine Thätigkeit entwickelt, welcher die Fähigkeit abgeht, die zum Thatbestand erforderliche Folge ins Leben zu rufen.

Bei der einen wie anderen Kategorie ist in subjektiver Beziehung Thäterschaft und Beihilfe nicht mehr und nicht

minder difform wie der eigene Wille von dem eines Dritten. Wer den Mörder mit dem Gehilfen in Parallele bringt, weil die Absicht beider auf das gleiche Verbrechen gerichtet und mithin eine gemeinschaftliche sei,[112] legt dem Worte „Absicht" unbewusst eine doppelte Bedeutung unter. Bei dem Thäter bezeichnet er damit den Willen, dass der Tod aus der eigenen, beim Gehilfen den, dass er nicht aus der eigenen That hervorgehe. Freilich begegnet sich die Absicht beider in einem gemeinschaftlichen Ziele, allein man müsste die subjektive Seite der Handlung von der objektiven loslösen, wollte man deshalb den einen für einen Theilnehmer an der Absicht des anderen erachten.

Damit verkenne ich keineswegs ein ausreichendes Princip für die Mitthäterschaft nicht aufgestellt zu haben. Nicht minder bin ich mir bewusst, der Beihilfe einen positiven Inhalt nicht gegeben zu haben. Ich würde aber meinen, in eine mir fremde Rechtssphäre überzugreifen, wollte ich eine Lehre, welche der Theilnahme angehört, in meinen Betrachtungskreis hineinziehen und mich in einer Untersuchung darüber ergehen, in wie weit ich mit der herrschenden Doktrin übereinstimme oder inwieweit eine positive Charakteristik der Beihilfe, die nicht in einer Paraphrase bestände, Aussicht auf Erfolg verspricht. Mir kam es hier nur darauf an, der Einmischung der Grundsätze über die Thäterschaft entgegenzutreten; die Analogie geht schliesslich allzuleicht wieder in Identität über.

In der That vertheidigt denn auch Hälschner die Ansicht, dass der Rücktritt des Thäters die Strafbarkeit des Gehilfen beseitige.[113] Hat jedoch der eine wie der andere seine selbständige Schuld zu sühnen, so ist es unerfindlich, wie der Umstand, der den einen von Strafe befreit, dem anderen zu gute gerechnet werden sollte.[114]

---

[112] cf. Hälschner a. a. O. Bd. I S. 323. 321.

[113] a. a. O. S. 330.

[114] Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II S. 400. Köstlin: System S. 286. v. Buri: Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen S. 70.

Aber auch anderweitig treten uns in der Litteratur Erscheinungen entgegen, welche auf die Nothwendigkeit, die Verschiedenheit von Beihilfe und Thäterschaft mit ganzem Nachdruck zu betonen, hinweisen. So erklärt Schwarze, dass man bei der Beihilfe nur die Wahl habe, eine straflose That oder das vollendete Delikt anzunehmen[115], nichts desto weniger sieht er den erfolgten Rücktritt als einen Strafaufhebungsgrund an.[116] Allein für den, der von Schuld noch frei, wäre das Privileg noch nicht, für den, der sich ihr nicht mehr entwinden kann, nicht mehr am Platze. Weiter setzt Köstlin zwar auseinander, dass die Verhältnisse beim Versuch und bei der Beihilfe völlig divergiren; denn dort werde durch die Zurücknahme der Absicht die Objektivität bedeutungslos, hier dagegen käme jede Sinnesänderung zu spät.[117] Trotzdem ist ihm der Widerruf des Versprechens oder die rechtzeitige Anzeige bei der Obrigkeit genügend, den für exkulpirt zu erklären, von dem er noch soeben hervorgehoben hat, dass er bereits ein vollendetes Delikt hinter sich habe.[118] Damit verfällt er in den Fehler, den er bei Zachariae als „ein totales Verkennen des Nerves der Sache" bezeichnet.[119]

v. Buri endlich, der die Beihilfe ihrer accessorischen Natur zu entkleiden versucht hat,[120] tritt mit sich selbst in einen doppelten Widerspruch, wenn er denjenigen, der Hilfe leistet, nach den Grundsätzen der Thäterschaft beurtheilt. Denn wer, wie er, dem Gehilfen unter Umständen die Verpflichtung auferlegt, die Begehung des Verbrechens zu verhindern, damit er sich Straflosigkeit wiedererwerbe,[121] erkennt damit an, dass dessen Strafbarkeit von der Thätigkeit eines Dritten bedingt ist. Wer weiter mit ihm dem

---

[115] Schwarze: Commentar S. 170.

[116] a. a. O. S. 171.

[117] a. a. O. S. 292. 293.

[118] cf. hiergegen v. Bar a. a. O. S. 80.

[119] a. a. O. S. 293 Note 4.

[120] a. a. O. S. 64. 67. 68.

[121] a. a. O. S. 71.

Thäter den Rücktritt gewährt, wenn er seine verbrecherische Absicht zurücknimmt, dem Gehilfen aber versagt, wenn er sich auf seine Sinnesänderung beschränkt, ist nicht berechtigt zu erklären, dass er dort wie hier „vom nämlichen einfachen Principe“ ausgehe.[122]

Damit glauben wir den Beweis erbracht zu haben, dass wir nicht blos einer Formalität wegen die Analogie heterogener Begriffe abgewehrt haben; man kann eben nur ein Verbrechen begehen oder nicht begehen, nicht, wie Herzog meint,[123] es „analog mitbegehen.“ Nicht einmal bezüglich des Rücktrittes erkennen wir ein gleichartiges Verhältniss an. Was man darunter bei der Beihilfe verstanden hat,[124] ist in der That nur die Negation derselben. Wer mit der einen Hand giebt, was er mit der anderen nimmt, wer des Abends die Hausthür öffnet und sie vor Verübung des Diebstahls wieder verschliesst, hat keine Hilfe geleistet. Wer dagegen den Thäter mit einer Mordwaffe versieht, aber die Begehung der That verhindert, vernichtet damit die Relativität, welche das Wesen der Beihilfe ausmacht.[125] Die beiden Arten des Rücktritts, die man heut allgemein lehrt, halte ich deshalb für entbehrlich; der einen liegt die Annahme einer strafbaren That ohne Beihilfe, der anderen die einer Beihilfe ohne strafbare That zu Grunde.

Die eigenartige Natur der Beihilfe konnte aber auch nicht von der herrschenden Doktrin im vollen Umfang gewürdigt werden. Die Causalitätslehre, welche allen wesentlichen Umständen Mitwirksamkeit beilegte, stand ihr dabei im Wege. Der Thäter und der Gehilfe hatte danach am

---

[122] a. a. O. S. 71.

[123] a. a. O. S. 267.

[124] Köstlin: N. Revision S. 509 (die abweichende Ansicht im System ist bereits früher besprochen). Geib a. a. O. Bd. II S. 382. v. Bar a. a. O. S. 78. 80. Geyer: Erörterungen S. 160—162. Derselbe a. a. O. S. 400 i. f. 401. Meyer: Lehrbuch S. 230 u. a. m.

[125] Damit erübrigt sich zugleich die Widerlegung von v. Buri um so mehr, als ich im Uebrigen den accessorischen Charakter der Beihilfe nirgends verkannt finde.

Verbrechen, da es ohne den einen und den anderen nicht zur Entstehung gelangt sein würde, objektiv den gleichen Antheil.[126] Daraus entsprang als ein weiterer Missstand die verschiedene Auffassung des „Versuches" der Beihilfe. War nämlich nur der „mitwirksam", dessen Rath oder That eine Existenzbedingung für das vom „physischen Urheber" verübte Verbrechen geworden war, so war man beim Versuch vor die Alternative gestellt, den Strafrahmen entweder zu weit oder zu eng zu ziehen; denn unter die Art der Beihilfe, welcher man den causalen Charakter absprach, fallen einerseits Handlungen, welche noch keinen Akt des Beistandes enthalten, andererseits solche, welche die Merkmale des Begriffs vollständig erfüllen. Das Wesen der Beihilfe scheint mir deshalb sowohl von denjenigen, welche Versuch annahmen, als auch von denen, die ihn nicht statuirten, verkannt zu sein.

Nach jener Theorie wurde nämlich jede Willensmanifestation als Versuch behandelt;[127] die Verwechslung von voluntas sceleris mit conatus delinquendi ward damit von der Thäterschaft auf die Beihilfe übertragen. Danach sollte der, welcher einem Anderen seine Dienste anbietet, aber eine Zurückweisung erfährt oder der, welcher Instruktionen zu geben verspricht, aber sein Wort nicht hält, sich eines Versuches der Theilnahme schuldig gemacht haben.[128] Allein der Versuch ist weder lediglich objektivirter Wille noch ist der Wille, Hilfe zu leisten, ein Akt der Hilfe. Wer einem Armen die grössten Summen verspricht, ihm aber keinen Pfennig giebt, von dem sollte ich meinen, dass er ihn nicht unterstützt hat.

---

[126] Hälschner im Gerichtssal pro 1873 S. 115. Glaser a. a. O. Bd. I S. 146. Berner: Theilnahme S. 234—238. v. Buri a. a. O. S. 64 u. a. m.

[127] v. Buri a. a. O. S. 64. 65. Köstlin a. a. O. S. 508. Bauer: Abhandlungen Bd. I S. 459.

[128] v. Buri a. a. O. S. 66 i. f. S. 67 nimmt Versuch der Beihilfe an, wenn dem Theilnehmer der „Gegenbeweis" gelingt, dass er dem Diebe eine niet- und nagelfeste Leiter gehalten, mithin keine Hilfe geleistet habe. (Conkurrirende psychische Hilfe steht nicht in Frage.)

Nach dieser Theorie dagegen wird eine strafbare That nur dann als vorhanden angenommen, wenn die Beihilfe sich zu einer der Bedingungen gestaltet hat, denen in concreto ein Delikt seine Entstehung zu verdanken hat.[129] Wir werden aber wohl nicht zweifeln, dass, wenn zwei Personen einem Verbrecher ihre Waffen leihen, der eine wie der andere sich der Theilnahme schuldig gemacht hat, auch wenn nicht der Dienst beider in der That zur Verwendung gekommen ist. Indem man den in der eigenen Lehre liegenden Fehler übersah, dagegen den gegnerischen erkannte, glaubte man, den eigenen Standpunkt vertheidigt zu haben, wenn man den gegnerischen zurückwies. Demgemäss deducirte man, dass man den Willen, Beistand zu gewähren, bestrafen würde, wollte man einen Versuch der Beihilfe statuiren,[130] ohne zu erwägen, dass damit die Nothwendigkeit der Straflosigkeit in dem vertheidigten Umfang noch nicht dargethan sei; auch wir verwerfen jene Theorie, ohne darum diese zu billigen. Aber auch die anderweitig erbrachten Gründe, weshalb man blos den, der sich „mitwirksam" gezeigt hatte, für verantwortlich erklärte, sind meines Erachtens nicht überzeugend. Mit dem vielfach wiederkehrenden Satz, dass man nur die Wahl habe, Beihilfe als vorhanden oder als nicht vorhanden anzunehmen,[131] ist wenig gewonnen; entweder besagt er, dass der Wille, Beistand zu gewähren, nicht ausreiche, einen Versuch darzu-

---

[129] Geyer a. a. O. S. 399. Zachariae: Die Lehre vom Versuch Bd. I S. 63. Schwarze a. a. O. S. 170. Rüdorff a. a. O. S. 179. — Mittelmeinungen, die sich auch hier gebildet haben — cf. Krug: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 39. — Berner: Theilnahme S. 121. — Schütze: Nothwendige Theilnahme S. 279 — übergehen wir, weil man nur die Wahl hat, die „nicht causale Beihilfe" für strafbar oder für straflos zu erklären. Auch gebricht es an einer ausreichenden Aufklärung, weshalb man ihre Unterarten verschieden behandelt sehen wollte.

[130] Geyer a. a. O. S. 400. Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 299 b.

[131] Schwarze a. a. O. S. 170. Geyer a. a. O. S. 399. v. Bar a. a. O. S. 75. 76 cf. aber auch S. 73.

stellen — alsdann ist er, wie wir bereits gezeigt haben, einseitig, oder er besagt, dass die Beihilfe ihrer Natur nach nur der Unterscheidung zwischen Existenz und Nichtexistenz des Thatbestandes zugänglich sei — alsdann ist er, wie wir noch sehen werden, unrichtig. Noch weit weniger können wir Köstlin beitreten, wenn er Versuch und Beihilfe deshalb für contradiktorische Begriffe hält, weil dort der Fortschritt der Thätigkeit nur objektiv, hier nur subjektiv bestimmbar[132] sei. Damit will er den Gedanken ausdrücken, dass dort der Thatbestand der einzelnen Verbrechen über den Consummationsakt Aufschluss gebe, während hier über den Eintritt der Vollendung der Wille des Thäters entscheide.[133] Es tritt uns daher die Ansicht, die wir bereits bei Zachariae kennen gelernt haben, im veränderten Gewande entgegen. Der unveränderte Inhalt überhebt uns der Verpflichtung einer besonderen Widerlegung.

Eine Sonderstellung nimmt endlich v. Buri insoweit ein, als er nur einen Versuch der Beihilfe statuirt, wenn die That, zu der Beistand geleistet worden ist, über das Stadium des Versuches nicht hinausgekommen ist,[134] — eine Consequenz, die ihm seine Causalitätslehre abnöthigt. Denn danach ist nur das Verbrechen in seiner Consummation „eine zum Abschluss gekommene Causalität;"[135] der Beihilfe zum Versuch war mithin jede Mitwirksamkeit und damit zugleich die Natur eines vollendeten Deliktes zu versagen. v. Buri ist dadurch einem eigenthümlichen Missgeschick verfallen: er, der unter Umständen den Todtbeter mit einer Anklage wegen Mordversuches nicht verschont, müsste dem positiven Rechte gegenüber[136] eine Verurtheilung

[132] Köstlin: System S. 292.

[133] Köstlin: Neue Revision S. 507.

[134] v. Buri a. a. O. S. 64.

[135] v. Buri: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Beilageheft zum Gerichtssaal pro 1879 S. 1.

[136] Das deutsche Gesetzbuch kennt keinen Versuch der Beihilfe. Oppenhoff: Commentar Note 11 zum dritten Abschnitt S. 103 i. f: Rüdorff a. a. O. Note 5 zu § 49. Schwarze a. a. O. S. 170. Schütze. Lehrbuch S. 157 u. A. m.

dessjenigen, der an einem délit manqué Theil genommen hat, als einen Verstoss gegen das Gesetz beklagen.

Unsere persönliche Meinung geht dahin: Da wir der Beihilfe jeden causalen Charakter absprechen — wir können uns einmal nicht davon überzeugen, dass der Gehilfe, welcher der Nachtruhe in seiner Wohnung pflegt, sich mitwirksam an einem im nächsten Dorf begangenen Diebstahl erweise — so ist damit für uns die Unterscheidung zwischen einer causalen und einer nicht causalen Unterart gefallen. Für uns kommt es daher lediglich darauf an, ihren Begriff festzustellen; der Umfang des strafbaren Gebietes, den sie einnimmt, ist damit von selbst gegeben. Scheidet man aber die Eigenthümlichkeiten, welche die Doktrin in Folge der Causalitätslehre dem Wesen der Beihilfe angeheftet hat, wieder aus, so haben wir es nicht mehr mit einem technischen Ausdruck, sondern mit einem Wort des gemeinen Lebens zu thun. Ueber seinen Sinn und seine Bedeutung haben wir uns deshalb beim Sprachgebrauch Raths zu erholen. Danach dürfte wohl unter „Hülfe“ jede Handlungsweise zu verstehen sein, welche geeignet ist, die Erleichterung der Lage eines Anderen herbeizuführen. Dass der beabsichtigte Erfolg auch erreicht wird, wird dabei nicht vorausgesetzt. Derjenige, der einem Armen Geld giebt, das dieser im nächsten Moment verliert, hat ihn nicht minder unterstützt, wie der, der ihm die Vortheile bereitet, die er sich von seiner Mildthätigkeit verspricht. Uebertragen wir das gewonnene Resultat auf das Criminalrecht unter Berücksichtigung der accessorischen Natur der Beihilfe, so werden wir dieselbe

als diejenige Handlungsweise zu definiren haben, welche geeignet war, die verbrecherische That eines anderen zu befördern.

Damit glauben wir die Fälle ausgeschieden zu haben, in denen sich nur der Wille, sich einem Anderen dienstbar zu machen, kund giebt. Wer dem Thäter seine Unterstützung in Aussicht stellt, hat damit noch keine Thätigkeit entwickelt, welche danach angethan ist, ihm die Aus-

führung seines Vorhabens zu erleichtern. Zugleich wäre damit auch der Strafrahmen, der auf der anderen Seite zu eng gefasst war, erweitert. Derjenige, der die Waffen entfernt, mit denen sich Jemand gegen den wider ihn geplanten Ueberfall vertheidigen könnte, wäre der Verantwortung nicht entrückt, wenn der letztere im Schlafe überrascht und getödtet wird. In concreto war zwar seine That, da wir eine psychische Einwirkung als ausgeschlossen annehmen, für den Verlauf der Begebenheiten bedeutungslos, in abstracto aber war sie sehr wohlgeeignet, die Begehung des Verbrechens zu befördern.

Damit ist zugleich die Verneinung der Frage, ob die Beihilfe einen Versuch zulässt, geboten; denn da es nach unserer Auffassung auf die Verwirklichung der Absicht, auf die Herbeiführung der Folgen, mit deren Eintritt sich erst die Unterstützung wirksam erweisen könnte, nicht ankommt, so ist ihrem Begriff Genüge geschehen ohne Rücksicht darauf, ob die potentielle Causalität in die aktuelle umschlägt. Demgemäss halten wir es für unbedenklich, die That, welche einerseits als versuchtes Verbrechen zu charakterisiren wäre, andererseits als vollendete Beihilfe zu bezeichnen. Wer einem Hochverräther dadurch Beistand zu leisten trachtet, dass er ein Gebäude unterminirt, die Explosion aber nicht bewerkstelligt, weil das Pulver durch Feuchtigkeit gelitten hat, hätte sich nach unserer Ansicht eines Versuches des im § 311 vorhergesehenen Verbrechens und der vollendeten Beihilfe in realer Conkurrenz schuldig gemacht.

Wenn wir uns dabei des Ausdrucks „vollendete Beihilfe" bedienten, so machen wir damit der herrschenden Ansicht eine sachlich nicht gerechtfertigte Concession. Denn da wir dem Gegensatz zwischen Anfang und Vollendung principiell jede rechtliche Relevanz absprechen, so haben wir mit dem ersten Akt, der unter die Definition fällt, den Thatbestand für erfüllt und die angeordnete Strafe für verwirkt zu erklären. Wäre die Annahme berechtigt, dass unser Gesetz den Unterschied zwischen der

poena ordinaria und extraordinaria nicht auch auf die Theilnahme habe übertragen wollen, so würden wir, obwohl wir bei der Beihilfe nicht minder wie bei der Thäterschaft vielfach den successiven Uebertritt des Willens in die Aussenwelt mit unseren Sinnesorganen zu beobachten in der Lage sind, nicht behindert sein, die einfachen Grundsätze welche wir bei den Uebertretungen der italienischen Doktrin ungeachtet üben,[137] auch bei der Beihilfe zur Anwendung zu bringen. In den Beispielen, die uns Krug[138] und Schütze[139] vorführen, wonach Jemand betroffen wird, wie er eben eine Leiter dem Diebe, der bereits seinerseits ein unvollständiges Delikt verübt hat, zuträgt, vermag ich daher mit ihnen nicht einen „Versuch der Beihilfe" zu erblicken, vielmehr würde ich mich darauf beschränken, schlechthin Beihilfe anzunehmen. Damit erledigt sich zugleich für uns der mehrfach betonte Unterschied zwischen psychischer und physischer Hilfeleistung;[140] denn nur so lange man die Strafe auf die Vollendung bezieht, ist der Umstand erheblich, dass dort die Unterbrechung nur in einem Stadium eintreten kann, in welchem sich der Wille entweder noch nicht oder bereits vollständig objektivirt hat, während sie hier eine Cäsur in den einzelnen Akten der homogenen Thätigkeit zu bilden vermag.

Freilich nach positivem Recht werden wir wohl darauf verzichten müssen, die „unvollendete Beihilfe" — und hierin stimmen wir Schütze bei — zu bestrafen. Das Gesetz hat einmal Anfang und Versuch identificirt, und wir würden nach unserem Dafürhalten den Grundsatz „nullum crimen sine lege poenali" noch in einem weiteren Umfang, als dies bisher geschehen, verletzen, wollten wir einen Satz, den wir theoretisch billigen, ohne weiteres der Praxis zur Richtschnur anempfehlen.

---

137 S. oben S. 626. 627.

138 Krug a. a. O. S. 39 i. f.

139 Schütze a. a. O. S. 279. 280.

140 Schütze a. a. O. S. 279. Berner: Theilnahme S. 220. 221. 261. cf. auch Hepp: Im Neuen Arch. des Crim.-R. S. 42 in Verbindung mit S. 66 und 237.

Was endlich die Begünstigung anlangt, so brauchen wir uns bei ihr nicht lange aufzuhalten. Sie ist ihrer Natur nach eine Förderung der bereits existent gewordenen Rechtsverletzung, sei es, dass sie geschieht, um den Schuldigen der Bestrafung zu entziehen, sei es, um ihm die Vortheile des Verbrechens zu sichern.[141] Die Grundsätze, welche wir aus dem Wesen der Hülfe abgeleitet haben, kommen daher bei ihr zur entsprechenden Anwendung.

Um das gewonnene Resultat zu recapituliren, fixiren wir unsere Ansicht dahin:

Die accessorischen Verbrechensformen weisen die Annahme eines versuchten und eines unvollendeten Deliktes zurück; jene weisen sie zurück, weil ihnen entweder ihrer Natur oder ihrem Begriffe nach der causale Charakter abgeht, diese weisen sie zurück, weil entweder der Gegensatz von Anfang und Vollendung von selbst ausgeschlossen oder rechtlich bedeutungslos ist.

[141] Schütze a. a. O. S. 389. 390. Geyer a. a. O. S. 418. Meyer a. a. O. S. 213. 237. Hefftер: Lehrbuch § 86 S. 76 u. A. m.

Damit wären wir an dem Ziele angelangt, das wir uns zunächst gesetzt haben: Begriff und Umfang des versuchten und des unvollendeten Deliktes wären nunmehr festgestellt. Im folgenden Bande soll es unsere Aufgabe sein, die dogmatische Entwickelung zu ihrem Abschluss zu bringen, zuvor jedoch auch der Vergangenheit zu ihrem Rechte zu verhelfen. Unsere Quellen bedürfen der Klärung; sie sind durch das Bestreben getrübt worden, aus ihnen die Lehre zu entwickeln, deren Fundamente wir erschüttert zu haben glauben. Damit gedenken wir zugleich der italienischen Doktrin, jener „Hauptautorität“[1] für die deutschen Juristen bis ins 17. Jahrhundert hinein, die letzte Stütze zu entziehen und das einzige Band, das uns an sie noch zu fesseln vermöchte, von uns abzustreifen.

Bevor wir jedoch zu der neuen Aufgabe, die wir uns gestellt haben, übergehen, sei uns ein kurzer Rückblick auf die, der wir uns bisher unterzogen haben, gestattet. Wir haben in der Einleitung darauf hingedeutet, dass wir in dem Versuchsbegriff, dem wir heut in der Wissenschaft und den Codifikationen begegnen, den Sitz des Uebels sehen, an dem wir laboriren. Den Nachweis hierfür hoffen wir geführt zu haben. Ihm haben wir es zu verdanken, dass der unnatürliche Gegensatz einer strafbaren und einer straflosen Unterart erfunden werden musste, damit der Bogen, der allzustraff gespannt war, nicht zusammenbreche; dass man die Identificirung von Anfang und Versuch perhorrescirte und dennoch ganze Systeme darauf baute, dass man jede

[1] v. Wächter a. a. O. S. 4.

praesumtio doli weit von sich stiess, um sich hinterdrein wieder eng mit ihr zu befreunden; dass man die Worte „Anfang der Ausführung“ als den Markstein zwischen dem strafbaren und straflosen Gebiet hinstellte, und sie dennoch zu todten Buchstaben herabdrückte; dass man einmüthig lehrte: „Mangel im Thatbestand und Versuch sind verschiedene Begriffe,“ ein objektives Unterscheidungsmerkmal aber nicht anzugeben vermochte, und dass man endlich, von allen Nebendingen abgesehen, den Untergang der eigenen Lehre nicht hätte abwenden können, wenn man nicht zu der Duplicität der Begriffe, mit denen man operirte, noch die Triplicität des Ausdruckes hinzugefügt hätte: bald nannte man den Anfang — Anfang, bald Versuch, bald Vollendung.

Immer complicirter gestaltete sich das Bild. Eine Theorie folgte der anderen: die Anhänger des subjektiven, des objektiven und des vermittelnden Standpunktes rangen um die Herrschaft mit einander, bis man endlich ermüdet den Kampf einstellte und sich gegenseitig bezeugte, dass man sich um unlösbare Probleme gestritten habe. Nunmehr erklärte die Wissenschaft die Discussion für geschlossen, der Gesetzgeber aber für eröffnet; jene verlangte, dass wenigstens die schlimmste Controverse beseitigt, dieser, dass sie gelöst werde. Seitdem wagte sich nur vereinzelt ein Theoretiker auf ein Feld, das gewichtige Stimmen für culturunfähig erklärt hatten, um die verborgenen Schätze an der Stelle zu heben, auf die gerade der Blick gefallen war. Man suchte das Glied zu heilen — der kranke Körper aber ward keiner Untersuchung unterzogen.

Bald reichte das materielle Recht nicht aus, die Meinungsverschiedenheiten zu fassen; auf das Prozessrecht ward der Streit hinübergespielt, und von der Veränderung der Form eine Veränderung des Inhaltes erwartet. Der Praxis ward die mannigfaltigste Auswahl geboten. Die Einen lehrten, dass der Versuch keinen objektiven Thatbestand habe, die Anderen, dass bei ihm das volle Wesen der verbreche-

rischen Absicht zur erkennbaren Darstellung in der Sinnenwelt gelange. Nach jener Theorie war sie im Recht, wenn sie den bestrafte, welcher die eigene Sache, sie für eine fremde haltend, an sich nahm, nach dieser im Unrecht, wenn sie von dem, der in eine fremde Wohnung eingestiegen war, Rechenschaft forderte. So sehr variirten die Ansichten, dass man auf der einen Seite Mordversuch annahm, wenn mit dem Gebet ein frevelhafter Missbrauch getrieben worden war, auf der anderen ihn leugnete, wenn die angewandte Dosis Gift sich nicht als ausreichend erwiesen hatte — und der Gesetzgeber, welcher die Judikatur an die Wissenschaft verwiesen hatte, hatte damit die eine wie die andere Entscheidung im Voraus gebilligt.

Je mehr aber das Material wuchs, das die Doktrin anhäufte, desto mehr wurde der Ueberblick getrübt. Am Anfang des Jahrhunderts war es Niemandem zweifelhaft, dass mit den Worten „Anfang der Ausführung“ nicht das Wesen des Versuches gekennzeichnet, sondern das strafbare Gebiet vom straflosen geschieden werden sollte. Am Ende des Jahrhunderts aber hat sich die Sache umgekehrt: die zeitliche Grenze hat sich in den neueren Codifikationen fast durchweg zum charakteristischen Merkmal des Versuches verwandelt. Nicht zufällig ist dies geschehen; die Unterscheidung zwischen einem strafbaren und straflosen Abschnitt ist zu ungesund, als dass sie sich auf die Dauer hätte behaupten können. Nur mit Verbrechen, nicht mit indifferenten Thaten, nicht mit einem strafbaren und einem straflosen Versuch, sondern mit dem Versuche schlechthin hat sich das Criminalrecht zu beschäftigen. Der Erfolg, der vorauszusehen war, ist eingetreten — unvermerkt ist der eine Theil aus dem Organismus ausgeschieden, und der andere, der hierzu nicht bestimmt war, von ihm aufgenommen worden. Die Wissenschaft aber pries das Versehen als einen nicht zu verkennenden Fortschritt.

Dazu kommt noch — the last not least — die Schöpfung der „formell vollendeten materiell versuchten Verbrechen.“ Das theoretische Gebilde ward in das positive Recht hineinge-

tragen. Zu welchen Mitteln auch immer der Gesetzgeber seine Zuflucht genommen hatte; dem Bann dieser Lehre war er verfallen. Hatte er beim Raube die Erreichung der materiellen Absicht in den Begriff aufgenommen, so war an der Annahme eines Versuches nicht zu zweifeln. Hatte er beim Hochverrath sie aus dem Thatbestand ausgeschieden, so that dies der Sache keinen Abbruch. War er noch weiter gegangen und hatte er das Complott unter Strafe gestellt; den Versuch hatte er auch damit noch immer nicht beseitigt. Ob er bei einem Vergehen den Versuch nur für strafbar erklärt, oder ob er sich des Wortes „Versuches" in einem nicht technischen Sinne zur Bildung eines Deliktsbegriffes bedient hatte; man sah darin „materiell" keine Verschiedenheit.[2] Des „Versuches" konnte sich so der Gesetzgeber nimmer erwehren. Aber die zu gewaltige Masse bricht unter der eigenen Schwere. Man wollte einen Begriff aufstellen, welcher nur die nuda cogitatio freigeben sollte, und man war deshalb genöthigt, den Versuch als „jede auf die Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung" zu definiren. Damit hatte man freilich den Kreis recht umfassend beschrieben, den Versuchsbegriff aber hatte man damit vernichtet. Mochten auch die Anhänger der subjektiven Theorie,

---

[2] Nach der von Zachariae in Goltdammers Arch. Bd. III S. 170 fg. S. 289 fg. vertheidigten Ansicht, die sich in der Litteratur eines nur allzugrossen Beifalls erfreut hat, käme es sachlich auf dasselbe hinaus, wenn der § 94 des preuss. Straf-G. vorschreibt:

„*Wer vorsätzlich einen Gefangenen aus der Gefangenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht oder aus der Gewalt des Beamten, unter dessen Aufsicht, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, befreit oder zu befreien versucht, wird mit Gefängniss von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft,*"

während der § 120 Reichs-Straf-G. anordnet:

„*Wer einen Gefangenen aus der Gefangenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, vorsätzlich befreit .... wird mit Gefängniss bis zu drei Jahren bestraft.*

Der

„*Versuch ist strafbar.*"

wenn sie die *Absicht bald in* diesem, bald in jenem Sinne auffassten, in der *Lage* sein, jede Willensmanifestation zu bestrafen: die Definition kannte nur vollendete Delikte. Man hatte, um das Netz genügend weit zu spannen, dem Versuch einen selbständigen Thatbestand beigelegt: durch überreichliche Nahrung hatte man ihn zu Grunde gerichtet.[3]

Man wird es vielleicht befremdlich finden, dass Symptome der störendsten Natur nicht schon früher die Aufmerksamkeit der Wissenschaft auf die Fehlerhaftigkeit des Begriffes, dessen Ausfluss sie waren, zu lenken vermochten. Der Blick war jedoch dadurch getrübt, dass man glaubte, alle Delikte nach einer einheitlichen Schablone behandeln zu müssen. Wie die Dolus- und die Causalitätslehre darauf zugeschnitten war, das ganze strafbare Gebiet zu umfassen, so sollte sich auch der Versuch auf jedes dolose Verbrechen anwendbar erweisen. Das Bestreben, zu generalisiren war es, das nach meiner Ansicht jeden Fortschritt verhinderte. Wer vermeint, den Mord und den Meineid subjektiv und objektiv unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zu bringen, der wird vermöge der Verschiedenheit der Struktur beider Delikte weder dem einen noch dem anderen gerecht zu werden in der Lage sein.

Hieraus habe ich die Ueberzeugung geschöpft, dass der heutige Versuchsbegriff zerschlagen und den heterogenen Elementen, die er an einander gefesselt hat, die natürliche

[3] Wie sehr man bisweilen in der Litteratur die wichtigsten Fragen als nebensächlich behandelt hat, ersehen wir aus der viel gerühmten Schrift von Krug: „die Lehre vom Versuch der Verbrechen“, worin es S. 5 wörtlich heisst:

> „*Sagt z. B. das Gesetz: Wer, um sich fremdes bewegliches Gut anzueignen, Gewalt gegen Personen verübt, wird als Räuber bestraft*“,

„so beschreibt es damit eine Versuchshandlung. Allein wer diese Handlung begeht, begeht nicht den Versuch des also bezeichneten Verbrechens, sondern dieses Verbrechen selbst.“ Damit ist die Sache abgethan. Dass damit die S. 3 aufgestellte Definition preisgegeben, die Lehre von den materiell versuchten Verbrechen verlassen, der italienischen Doktrin die Spitze abgebrochen, und die im Text entwickelte Ansicht anerkannt wird — dies Alles bleibt unerwogen.

Freiheit wieder gegeben werden müsse. Deshalb habe ich dem versuchten Delikt das unvollendete Delikt gegenübergestellt. Für beide gemeinschaftlich habe ich dem Stadium der Vorbereitung jede rechtliche Relevanz entzogen; dort, weil ich bis zum Grunde hinuntergestiegen, hier, weil ich bis zum Anfang zurückgegangen bin. Die Controverse, ob sich die Grenze zwischen dem strafbaren und straflosen Gebiete in abstrakter Allgemeinheit oder ob sie sich wenigstens bei den einzelnen Verbrechen ziehen lasse, ob sie nur in der Phantasie existire oder ob sie sich in concreto von selbst kenntlich mache, ist damit beseitigt. Die Theorie wird sich hierüber nicht beklagen. Auf der veränderten Basis wird sie die Führerschaft wiedererlangen, welche sie auf der bisherigen verloren hat. Sie wäre in Selbsttäuschung befangen, wollte sie die Worte in den Motiven zum österreichischen Gesetzentwurf von 1874, worin der Richter angewiesen wird, die Voraussetzung des strafbaren Versuches nach der constant gewordenen Praxis, „welche von der Wissenschaft noch nicht überholt sei“,[4] um der milderen Form willen in einem milderen Sinne auffassen.

Für das unvollendete Verbrechen habe ich den Satz aufgestellt: „Ist eine Handlung bedroht, so ist sie in allen ihren Theilen bedroht, in ihrem Anfang, in ihrer Mitte, in ihrem Ende.“ Ich kann mich nicht rühmen, damit eine neue Wahrheit entdeckt zu haben. Vielmehr bin ich der Meinung, dass der Gedanke, dass der Gegensatz der Zeit den Charakter der That nicht beeinflusst, ein so natürlicher ist, dass er sich nach meiner Ueberzeugung schon in den Strafbestimmungen der ältesten Culturstaaten wiederfindet. Bei dem unvollenteden Verbrechen macht sich damit eine Erscheinung bemerklich, welche zu der, welche wir beim ver-

[4] Motive zu §§ 46—49. — Beiläufig bemerkt, steht der § 46 des Entw. mit den Motiven in Widerspruch. Wird ein neuer Versuchsbegriff eingeführt, — und dies geschieht im Entwurf — so ist damit eine Veränderung des bisherigen Rechtszustandes von selbst geboten. Soll dagegen der status quo ante conservirt werden — und dies verlangen die Motive — so ist damit wieder die Aufstellung eines neuen Begriffes unvereinbar.

suchten Verbrechen zu beobachten Gelegenheit hatten, einen schroffen Gegensatz bildet. Mussten hier Jahrhunderte vergehen, um die complicirte Lehre, wenngleich in noch mangelhafter Gestalt zur Entstehung zu bringen, so waren dort wieder Jahrhunderte erforderlich, um der einfachen Lehre den Untergang zu bereiten.

Das versuchte Delikt habe ich endlich auf das Verhältniss von Grund und Folge gebaut, ein schwieriges Verhältniss, das ist wahr, aber auch ein recht fruchtbares, wie ich vermeine. Mich hat es wenigstens von Controverse zu Controverse getragen und ich hoffe, es wird weiter seine Schuldigkeit thun, wenn ich die meinige erfülle. Auf demselben ruht der Causalitätsbegriff, den ich in die Rechtswissenschaft einzuführen unternommen habe; um dasselbe wird sich voraussichtlich in Zukunft jede Untersuchung über das Wesen der Absicht drehen. Ueber das Gebiet des Versuches hinaus hat es mir zur Seite gestanden. Ihm verdanke ich es, wenn ich in der Lehre von der Theilnahme, die ich, als ausserhalb meiner Aufgabe liegend, nur gestreift habe, der herrschenden Doktrin eine vielleicht nicht ganz erfolglose Opposition gemacht habe. Täusche ich mich nicht, so ist es berufen, über das Criminalrecht hinaus zu wirken: noch ist in der civilrechtlichen Lehre vom Interesse das letzte Wort nicht gesprochen.

Wenn ich danach aber einen Versuch nur bei den Delikten annehme, deren Consummationsmerkmal in einem Erfolg besteht, so lag es mir nahe zu erforschen, wie das entscheidende Wort sich in die Codifikationen Eingang verschafft hat: dem Bedürfniss, eine Lücke zu ergänzen, verdankt es seine legislatorische Anerkennung. Das Gesetz vom 22 prairial des Jahres IV enthielt nämlich die Worte „ou n'a manqué son effet“ nicht.[5] In der Commission de législation wurde deshalb hervorgehoben, dass die Bestimmung mangelhaft sei; man wäre danach nicht in der Lage,

[5] Das Gesetz lautete: Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie

denjenigen zu bestrafen, dessen mörderische Kugel ihr Ziel verfehlt habe. Wolle man daher nicht hinter dem Code pénal von 1791 zurückbleiben, welcher bereits den Versuch des assassinat vorhergesehen habe, so sei eine Ergänzung nöthig, zum Mindesten aber wünschenswerth. Der Staatsrath erachtete das Bedenken für erheblich, und der Passus „ou n'a manqué son effet“ wurde dem Text hinzugefügt.[6] Dass man erst damit dem Versuch gerecht werde, und dass man bis dahin nur das unvollendete Verbrechen getroffen habe, ward dabei übersehen. So ist einer redaktionellen Verbesserung wegen das entscheidende Wort in das französische Gesetz aufgenommen und einer redaktionellen Verbesserung wegen von dem deutschen Gesetz ferngehalten worden.[7] Zugleich hat damit meine Behauptung, dass nach der gegenwärtigen Fassung des § 43 die Rechtsprechung verhindert ist, den Versuch innerhalb der winzigen Grenzen zu bestrafen, auf die sich der Code pénal von 1791 beschränkt hatte, eine nicht zu unterschätzende Bekräftigung erfahren.

---

comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. Sachlich weicht mithin Art 2 des Code von 1810 nur darin ab, dass zwischen den Worten suspendue und que der Passus eingeschaltet ist „ou n'a manqué son effet.“

[6] Chauveau et Hélie a. a. O. Bd. III Note 2 zu Art. 2 und Bd. I Nr. 577.

[7] S. oben S. 34—38.

Druckfehlerverzeichniss.

S. 120	Zeile	9	von	oben	l. der statt die,
S. 153	„	3	„	„	l. zuzugeben statt zugeben,
S. 161	„	16	„	„	l. wolle statt wollte,
S. 299	„	13	„	„	l. uns statt nur,
S. 471	„	18	„	„	l. specialisirteren statt specialisirten.

Halle, Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei.





